



# Escuela Militar de Estudios Jurídicos

**Cuaderno  
práctico**

**11**

**Julio-diciembre 2021**

## SUMARIO

El principio de complementariedad y la suspensión de la ejecución de penas privativas de libertad en la jurisdicción militar  
*Comandante auditor Álvaro Luis López García*

Una revisión a las especiales condiciones del personal de buques de guerra de la Armada en operaciones marítimas de ley y orden  
*Capitán auditor Daniel Rey Moral*

Modernas corrientes en torno al instituto del resarcimiento: el principio de indemnidad del guardia civil por los daños personales sufridos con ocasión del servicio  
*Capitán auditor Pablo de la Cruz Pérez Florido*

Legitimación de las asociaciones profesionales de las Fuerzas Armadas en procedimientos administrativos ante la Administración militar  
*Comandante auditor, doctor en Derecho, Abraham Martínez Alcañiz*



MINISTERIO DE DEFENSA





# Escuela Militar de Estudios Jurídicos

Cuaderno  
práctico

**11**

Julio-diciembre 2021

## SUMARIO

El principio de complementariedad y la suspensión de la ejecución de penas privativas de libertad en la jurisdicción militar  
*Comandante auditor Álvaro Luis López García*

Una revisión a las especiales condiciones del personal de buques de guerra de la Armada en operaciones marítimas de ley y orden  
*Capitán auditor Daniel Rey Moral*

Modernas corrientes en torno al instituto del resarcimiento: el principio de indemnidad del guardia civil por los daños personales sufridos con ocasión del servicio  
*Capitán auditor Pablo de la Cruz Pérez Florido*

Legitimación de las asociaciones profesionales de las Fuerzas Armadas en procedimientos administrativos ante la Administración militar  
*Comandante auditor, doctor en Derecho, Abraham Martínez Alcañiz*



MINISTERIO DE DEFENSA

## DIRECTOR

Francisco Carlos de Osuna Hervas, coronel auditor

## SECRETARIO

Alejandro Javier Fernández Ferrer, comandante auditor

## REDACCIÓN

Escuela Militar de Estudios Jurídicos  
Camino de los Ingenieros, 6 (28047 Madrid)  
Teléfono: 91 3647393  
Fax: 91 3647399  
Correo-e: [emej@oc.mde.es](mailto:emej@oc.mde.es)



**Catálogo de Publicaciones de Defensa**  
<https://publicaciones.defensa.gob.es>



**Catálogo de Publicaciones de la Administración General del Estado**  
<https://cpage.mpr.gob.es>

Edita:



Paseo de la Castellana 109, 28046 Madrid

© Autores y editor, 2021

NIPO 083-15-289-5 (impresión bajo demanda)

Fecha de edición: marzo de 2022

Maqueta e imprime: Imprenta Ministerio de Defensa

NIPO 083-15-290-8 (edición en línea)

ISSN 2444-6807 (edición en línea)

Las opiniones emitidas en esta publicación son exclusiva responsabilidad de los autores de la misma. Los derechos de explotación de esta obra están amparados por la Ley de Propiedad Intelectual. Ninguna de las partes de la misma puede ser reproducida, almacenada ni transmitida en ninguna forma ni por medio alguno, electrónico, mecánico o de grabación, incluido fotocopias, o por cualquier otra forma, sin permiso previo, expreso y por escrito de los titulares del copyright ©.

En esta edición se ha utilizado papel 100% libre de cloro procedente de bosques gestionados de forma sostenible.

[publicaciones.defensa.gob.es](https://publicaciones.defensa.gob.es)  
[cpage.mpr.gob.es](https://cpage.mpr.gob.es)

## Sumario

1. El principio de complementariedad y la suspensión de la ejecución de penas privativas de libertad en la jurisdicción militar ..... 5  
*Comandante auditor Álvaro Luis López García*
  
2. Una revisión a las especiales condiciones del personal de buques de guerra de la Armada en operaciones marítimas de ley y orden..... 17  
*Capitán auditor Daniel Rey Moral*
  
3. Modernas corrientes en torno al instituto del resarcimiento: el principio de indemnidad del guardia civil por los daños personales sufridos con ocasión del servicio ..... 27  
*Capitán auditor Pablo de la Cruz Pérez Florido*
  
4. Legitimación de las asociaciones profesionales de las Fuerzas Armadas en procedimientos administrativos ante la Administración militar ..... 53  
*Comandante auditor, doctor en Derecho, Abraham Martínez Alcañiz*



# 1. EL PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD Y LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD EN LA JURISDICCIÓN MILITAR

*Álvaro Luis López García*  
*Comandante auditor*

**SUMARIO:** 1. El principio de complementariedad. 2. Fundamentos de la suspensión de la ejecución de penas privativas de libertad. 3. La suspensión de la ejecución de penas privativas de libertad en la jurisdicción ordinaria. 4. La suspensión de la ejecución de penas privativas de libertad en la jurisdicción militar. 5. Conclusiones. Bibliografía

**RESUMEN.** Con la entrada en vigor del Código Penal Militar, aprobado por la Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, se abre la posibilidad legal a la aplicación de la suspensión de la ejecución de penas privativas de libertad en la jurisdicción militar, dentro del sistema de complementariedad articulado en base al Código Penal de 1995. En este artículo se analizan las características principales de este régimen de suspensión en la jurisdicción militar.

## I. EL PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD

Por la Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, se aprobó el Código Penal Militar, iniciando su vigencia el 15 de enero de 2016. Dentro de nueve días se cumple un lustro desde su publicación y a fecha de hoy sigue conviviendo la ejecución de penas privativas de libertad según el Código Penal Militar de 1985 y el actualmente vigente, de conformidad con la disposición transitoria primera de este último.

La sistematización del actual Código Penal Militar se estructura en base al principio de complementariedad, de tal manera que el Código Penal Militar contiene una regulación especial para el ámbito castrense, resultando de aplicación en lo no previsto por aquel el Código Penal ordinario.

El principio de complementariedad en materia penal militar se inició en el ya mencionado Código Penal Militar de 1985. Sin embargo, no pudo consolidar su propósito principalmente por la publicación con posterioridad de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, por la que se aprobó el vigente Código Penal. Esta fue una de las razones principales para la promulgación del vigente Código Penal Militar.

Este principio de complementariedad se ha adoptado en otros ámbitos de la legislación castrense y, en lo que a este trabajo atañe, destaca el ámbito penitenciario militar, en cuyo sistema de fuentes rige en primer lugar la Ley Orgánica General Penitenciaria. En su desarrollo se aplica el Real Decreto 112/2017 de 17 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario Militar; y, en lo no previsto por este reglamento, es de aplicación el Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario.

Por lo que respecta al ámbito penal, y tras reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se ha interpretado que el artículo 117.5 de la Constitución española limita la jurisdicción militar a lo estrictamente indispensable, entendido como los delitos exclusivamente militares tanto por su conexión con los objetivos, tareas y fines propios de las Fuerzas Armadas (indispensables para las exigencias defensivas de la comunidad como bien constitucional), como por la necesidad de una vía judicial específica para su conocimiento y eventual represión.

Ello se traduce en lo previsto en el artículo 1.2 del Código Penal Militar: *«Las disposiciones del Código Penal serán aplicables a los delitos militares como supletorias en lo no previsto expresamente por el presente Código. En todo caso será de aplicación el Título Preliminar del Código Penal».*

Esta previsión de complementariedad se hace expresa en lo que se refiere a la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, las formas sustitutivas de ejecución de las penas y de la libertad condicional, reguladas en el capítulo V del título III del libro II del Código Penal Militar, artículo 22.1: *«Los Tribunales Militares podrán aplicar las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad previstas en el Código Penal, incluida la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad».*

## **2. FUNDAMENTOS DE LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD**

Esta institución opera en el momento en el que existe una sentencia condenatoria a una pena privativa de libertad. Se sustituye la privación de libertad por la amenaza de llevarse a efecto si se incumplen en el plazo determinado las condiciones fijadas para la suspensión.

La suspensión tiene sus orígenes históricamente en dos figuras:

1. *Probatio*: el primer antecedente que se tiene de esta figura se remonta a 1841 en Boston. El primer sistema se desarrolló en el estado de Massachusetts en 1878, ampliándose a 21 estados más para 1920.



Actualmente se define como el periodo de supervisión para el condenado que es sometido a determinadas condiciones por el tribunal en lugar de ingresar en prisión. En caso de que se vulnere de forma grave o existan vulneraciones leves reiteradas, puede revocarse.

2. *Sursis*: sistema introducido en el ámbito francés por ley de 26 de marzo de 1891 por el que, una vez se declara la culpabilidad de alguien, se procede a suspender la ejecución por un plazo, quedando registrada la resolución. Si en el plazo dispuesto se cumple con lo establecido, se borra la inscripción. La ley belga por la que se instauró la suspensión de la condena es anterior a 1888.

Partiendo de los antecedentes belga y francés, en España la suspensión fue introducida por la Ley de Condena Condicional de 1908, que también incorporó a nuestro ordenamiento la remisión condicional.

El Código Penal de 1932 dedicaba dos secciones a la condena condicional y a la libertad condicional.

El Código Penal de 1973 reguló la suspensión de la ejecución de condena para delincuentes primarios condenados a pena de prisión o arresto subsidiario por impago de multa inferiores a un año, admitiéndose también en penas de prisión de hasta dos años con la concurrencia de una atenuante muy cualificada. La concesión de la libertad condicional era obligatoria cuando concurrían la mayor parte de los elementos de una eximente o a solicitud del ofendido en los delitos perseguibles a instancia de parte.

Con la reforma de 1983 se incorporó la posibilidad de que se aplicase a los delincuentes rebeldes.

Como fundamento de la suspensión de las penas privativas de libertad se aducen distintas razones de política criminal:

1. Prevención de la reincidencia: se considera que es más eficaz para la prevención de ulteriores delitos el condicionamiento de la prisión que el paso por la misma (la prevención especial). Sus defensores la consideran una medida más eficaz para la prevención especial del delito.
2. Evitación de la contaminación carcelaria: se sustrae al delincuente primario u ocasional del peligro de corrupción de la prisión provocado por internos más avezados cuya influencia puede generar efectos más negativos y perjudiciales en la personalidad que los que se pueden conseguir mediante el tratamiento penitenciario. El Tribunal Constitucional ha declarado, en STC 165/1993: «*La condena condicional está concebida para evitar el probable efecto corruptor de la vida carcelaria en los delincuentes primarios y respecto de las penas privativas de libertad de corta duración, finalidad explícita en el momento de su implantación*».

Existen otras razones que pueden favorecer un régimen más favorable a la aplicación de la suspensión de condena, aunque en parte ajenas a otras más sólidas por asentarse en la política criminal, como pueden ser las de carácter económico. El desembolso económico que para las arcas públicas

supone el sostenimiento de las prisiones puede llevar en ocasiones a favorecer este tipo de medidas sustitutorias de la ejecución de las penas privativas de libertad.

### **3. LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD EN LA JURISDICCIÓN ORDINARIA**

En la sección 1.<sup>a</sup> del capítulo III del título III del libro I del Código Penal se regula la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad (artículos 80 a 87).

Con carácter previo, conviene dejar claro que se trata de una facultad discrecional cuya aplicación queda al buen juicio del órgano judicial, de manera que, aun concurriendo los requisitos legales que pudieran permitir su aplicación, los jueces o tribunales pueden considerar adecuada la ejecución de la pena privativa de libertad, no dejando en suspenso la misma. Esta potestad ha sido salvaguardada por el Tribunal Constitucional en diversas ocasiones —así en la Sentencia 54/1986, de 7 de mayo—, así como por el Tribunal Supremo en su Sentencia 539/2002 o en la 578/1998: la concesión del beneficio es una facultad discrecional del Tribunal, faculta pero no obliga. En palabras de PERIS RIERA, se trata de un premio o beneficio a la segunda oportunidad, entendiéndolo como un instrumento orientado a evitar los efectos desocializadores de las penas cortas privativas de libertad que se otorga al condenado por una facultad discrecional que precisa la necesaria motivación.

Los elementos a valorar por el órgano judicial son: las circunstancias del delito cometido; las circunstancias personales del penado; sus antecedentes; su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado; sus circunstancias familiares y sociales; y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas.

Por lo que se refiere a la resolución judicial en que se adopte la medida, deberá ser motivada.

a) El régimen ordinario de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad exige como condiciones para dejar en suspenso la ejecución de la pena:

- 1.<sup>a</sup> Que el condenado haya delinquido por primera vez. A tal efecto, no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes o por delitos leves, ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados, o debieran serlo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 136. Tampoco se tendrán en cuenta los antecedentes penales correspondientes a delitos que, por su naturaleza o circunstancias, carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros.
- 2.<sup>a</sup> Que la pena o la suma de las impuestas no sea superior a dos años, sin incluir en tal cómputo la derivada del impago de la multa.

- 3.<sup>a</sup> Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado y se haya hecho efectivo el decomiso acordado en sentencia conforme al artículo 127.

Este requisito se entenderá cumplido cuando el penado asuma el compromiso de satisfacer las responsabilidades civiles de acuerdo a su capacidad económica y de facilitar el decomiso acordado, y sea razonable esperar que el mismo será cumplido en el plazo prudencial que el juez o tribunal determine. El juez o tribunal, en atención al alcance de la responsabilidad civil y al impacto social del delito, podrá solicitar las garantías que considere convenientes para asegurar su cumplimiento.

La concesión del beneficio de la suspensión es una facultad potestativa del órgano judicial, de manera que, aun concurriendo los requisitos legales, se puede denegar la suspensión. Si se tratase de delitos que solo pueden ser perseguidos previa denuncia o querrela del ofendido, los jueces y tribunales oirán a este y, en su caso, a quien le represente antes de conceder los beneficios de la suspensión de la ejecución de la pena.

b) Régimen excepcional por reparación del daño: de forma excepcional, se permite que, no tratándose de delincuentes primarios (aunque no delincuentes habituales) y pudiendo superar la pena suspendida los dos años (si bien individualmente no podrán exceder de ese límite), cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado así lo aconsejen.

El elemento definitorio de este régimen de suspensión es la reparación efectiva del daño y, alternativamente, la indemnización del perjuicio causado con el delito, en función de las posibilidades físicas y económicas, o al cumplimiento del acuerdo al que se haya llegado por vía de la mediación. Además, será obligatoria la imposición de una multa y la realización de trabajos en beneficio de la comunidad, como obligaciones del beneficiario de la suspensión.

c) Suspensión de condena por enfermedad muy grave con padecimientos incurables, salvo que en el momento de la comisión del delito tuviera ya otra pena suspendida por el mismo motivo. Requerirá de un informe médico forense en que se justifique la enfermedad como sustento para la decisión judicial. Deberá existir un pronóstico de la enfermedad, el peligro para la vida del condenado y los padecimientos incurables. El fundamento de esta forma de suspensión se halla en el principio de humanidad de las penas. No cabe establecer una lista de enfermedades que encajan en este concepto. Como destaca PUENTE SEGURA: *«Comoquiera que ya los romanos, refiriéndose a las horas, señalan que todas hieren pero la última mata; comoquiera, en definitiva, que nuestra naturaleza es mortal, una enfermedad será muy grave no cuando anuncie su presencia, más o menos remota, de la muerte, sino cuando imponga un pronóstico de muerte próxima»*.

MAGRO SERVET y SOLAZ apuntan, como criterios para determinar cuándo se está ante una enfermedad grave con padecimientos incurables, que no es imprescindible que exista un peligro de muerte inminente e inmediato, pero tampoco basta cualquier dolencia irreversible; no podrá cuestionarse la grave-

dad si la permanencia en prisión incide desfavorablemente en la evolución de la enfermedad, existe dificultad para recibir el tratamiento médico apropiado en el ámbito penitenciario; la enfermedad incurable debe suponer una disminución de las facultades físicas del sujeto; el sujeto, a consecuencia de su enfermedad, debe tener disminuida su peligrosidad criminal o capacidad para delinquir y el estado de salud del recluso no le permitirá participar en las distintas actividades de tratamiento programadas por el centro penitenciario para alcanzar el objetivo de reeducación y reinserción social.

d) Suspensión de condena por dependencia de alcohol, drogas tóxicas, estupeficientes, sustancias psicotrópicas y otras que produzcan efectos análogos. De forma excepcional se permite que, no tratándose de delincuentes primarios (y aquí no se excluyen tampoco los delincuentes habituales), y pudiendo llegar a penas privativas de libertad de hasta cinco años cuando el hecho delictivo se hubiese cometido a causa de las sustancias mencionadas y se certifique suficientemente, por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, que el condenado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión. En el caso de que el condenado se halle sometido a tratamiento de deshabitación, también se condicionará la suspensión de la ejecución de la pena a que no abandone el tratamiento hasta su finalización. No se entenderán abandono las recaídas en el tratamiento si estas no evidencian un abandono definitivo del tratamiento de deshabitación.

El plazo de suspensión de la condena fijado por el órgano judicial según los criterios que permiten adoptar la propia suspensión de condena es:

- Entre dos y cinco años para penas privativas de libertad no superiores a dos años.
- Entre tres meses y un año para penas leves.
- Entre tres y cinco años cuando la suspensión de condena se haya acordado en base a la adicción a las sustancias del artículo 20.2 del Código Penal.
- Este plazo comienza a computar desde la fecha de la resolución que la adopte. Tratándose de una sentencia desde su firmeza, no pudiendo computarse el plazo en que se hubiese mantenido en situación de rebeldía.
- El órgano judicial puede condicionar la suspensión al cumplimiento de una serie de prohibiciones y deberes cuando resulte necesario para evitar el peligro de nuevos delitos sin que puedan resultar excesivos y desproporcionados. También puede condicionarlo al cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación, al pago de una multa o a la realización de trabajos en beneficio de la comunidad.

#### **4. LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD EN LA JURISDICCIÓN MILITAR**

Como ya se ha indicado, con el Código Penal Militar de 2015 el legislador ofrece por primera vez la posibilidad de que las condenas a penas privativas de

libertad en el ámbito de la jurisdicción castrense: «*Los Tribunales Militares podrán aplicar las formas sustitutivas de ejecución de las penas privativas de libertad previstas en el Código Penal, incluida la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad*».

En el Código Penal Militar de 1985 se otorgaba la facultad de conceder la remisión condicional a los condenados no pertenecientes a las Fuerzas Armadas. Sin embargo, con respecto a los militares solo podía aplicarse la remisión condicional cuando se tratase de condenas a penas privativas de libertad por delitos comunes.

Bajo la vigencia del Código de Justicia Militar de 1945, por auto del Consejo Supremo de Justicia Militar de 10 de octubre de 1984 se consideró que no era de aplicación la remisión condicional a quien, siendo militar en el momento de comisión de los hechos, no pertenecía a las Fuerzas Armadas cuando fue juzgado y condenado posteriormente.

Antes de la entrada en vigor del Código Penal Militar de 1985, el Tribunal Constitucional, en Sentencia 97/1985, de 29 de julio, declaró: «*De la organización profundamente jerarquizada del Ejército, en el que la unidad y disciplina desempeñan un papel crucial para alcanzar los fines encomendados a la institución por el art. 8 de la Constitución. En el supuesto que ahora consideramos, la inaplicabilidad del beneficio de suspensión de condena a los militares y a los agregados a los Ejércitos se orienta, de modo manifiesto, a preservar y reforzar, mediante una mayor severidad para con el condenado, aquellas exigencias específicas de unidad y disciplina, respondiendo este trato de desfavor a la diferente incidencia y daño que la comisión del ilícito habrá de causar en la integridad de la institución según quien lo haya perpetrado esté o no en ella integrado. El fin así procurado por la norma, y la delimitación personal que al mismo se liga, no aparece desprovisto de razón suficiente, no siendo apreciable, por ello, la discriminación que se dice producida con la aplicación de esta norma y debiéndose, así, denegar el amparo impetrado con esta motivación*».

Esa misma línea se reforzó por el máximo intérprete de la Constitución : «*La inaplicación del beneficio de suspensión de condena a los militares y a los agregados a los Ejércitos se orienta, de modo manifiesto, a preservar y reforzar, mediante una mayor severidad para el condenado, aquellas exigencias específicas de unidad y disciplina, respondiendo este trato de desfavor a la diferente incidencia y daño que la comisión del ilícito habrá de causar en la integridad de la Institución según quien lo haya perpetrado esté o no en ella vinculado*». En el caso suscitado ante el Tribunal Constitucional era de aplicación el Código de Justicia Militar de 1945.

En Sentencias de la Sala 5.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1990, 11 de diciembre de 1990 y 14 de noviembre de 1991 se consideró la ampliación de tal posibilidad a quienes no fueran militares en el momento de dictar sentencia, bien porque no tuvieran dicha condición, o bien por haber cesado en ella.

Efectivamente, la Sala 5.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo se manifestó en contra de la aplicación del régimen de suspensión de penas privativas de libertad del derecho común al ámbito castrense, vigente en aquel momento.

Desde parte de la doctrina —así MESTRE DELGADO— se abogó por la conveniencia de que se admitiera la suspensión de la ejecución de penas cortas privativas de libertad en el ámbito militar.

A la vista de la nueva previsión del artículo 22 del Código Penal Militar admitiendo la suspensión de la ejecución de condenas privativas de libertad en el ámbito de la jurisdicción castrense, debemos atenernos a lo dispuesto en el Código Penal por la remisión efectuada en el punto 2 del mismo artículo, cuyo régimen se ha desgranado en el apartado anterior. El Código de 2015, al igual que el de 1985, se sistematiza como una norma complementaria al Código Penal. Lo anterior conduce a preguntarse si existe alguna particularidad para la aplicación del mismo en la jurisdicción militar.

A priori, la respuesta a esta pregunta parece negativa, y parecen existir razones importantes para dicha elección. En primer lugar, la dicción del apartado 2 del artículo 22: «*se estará a lo dispuesto*». Ahondando en lo anterior, el principio de legalidad consagrado en nuestro ordenamiento jurídico y de tan distinguida trayectoria en nuestra tradición jurídico penal, parece sustentar esa negativa. Asimismo, la posible colisión con el principio de igualdad.

Ahora bien, ¿cabe, respetando el principio de legalidad, una aplicación de la suspensión de condena que tome en consideración las particularidades de la jurisdicción militar derivadas del elemento legitimador de su existencia, esto es, las Fuerzas Armadas?

Desde mi modesta observación, trataré de ofrecer una serie de razones que sirvan para apoyar estas particularidades:

1.º En primer lugar, para salvaguardar el principio de legalidad debe acudir al régimen de suspensión de la ejecución de penas privativas de libertad de los artículos 80 y siguientes del Código Penal. Y este régimen, como se ha dicho, otorga una facultad, en este caso a los órganos judiciales militares, de dejar en suspenso o no la ejecución de las penas privativas de libertad.

Y la conveniencia para adoptar dicha suspensión exige la valoración de una serie de circunstancias:

- a) Las circunstancias del delito cometido: refiriéndonos a los delitos cometidos por militares, una circunstancia a valorar es sin duda la comisión del hecho delictivo en el seno de las Fuerzas Armadas.
- b) Las circunstancias personales del penado: refiriéndonos a delitos cometidos por militares, hay una circunstancia concurrente que es la condición de militar del beneficiado en su caso por la suspensión de la condena. Como proclama la Ley de la Carrera Militar: «[...] *quien se incorpora a las Fuerzas Armadas adquiere condición militar y queda sujeto a un régimen específico. El objetivo es, partiendo de un buen ciudadano, acrecentar sus valores como tal durante su permanencia en las Fuerzas Armadas, convertirlo en un excelente servidor público y hacerlo militar, es decir, depositario de la fuerza y capacitado y preparado para usarla adecuadamente* [...]

*Por todo ello, desde el momento de su ingreso en las Fuerzas Armadas debe cumplir unas reglas de comportamiento que se adquieren con un método continuado de formación y exigencia personal».*

- c) Los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución: dentro de esta expresión puede distinguirse entre aquellos efectos predicables de la persona que ha cometido el delito, pero también aquellos que afectan a otras personas o instituciones, en este caso especialmente a las Fuerzas Armadas y, más allá, a la Defensa de España.

En definitiva, considerando el régimen ordinario de suspensión de ejecución de penas privativas de libertad, por entenderse el de aplicación más abundante, queda salvaguardado el principio de legalidad en la aplicación específica a la jurisdicción militar.

- 2.º En segundo lugar, procede examinar a priori, y sin perjuicio de los pronunciamientos más autorizados, la ponderación de las particularidades de la jurisdicción militar en relación con el principio de igualdad. El Tribunal Constitucional ha considerado que la distinción de regímenes relativos a la suspensión de condena entre quienes pertenezcan a los ejércitos y los demás condenados por sentencia es una distinción que no atenta contra el principio de igualdad, por existir razones justificativas derivadas de la naturaleza de la institución militar. Actualmente no existe un régimen diferenciado de suspensión de condena para militares y otro para el resto de ciudadanos, ahora bien, tampoco existe colisión con el principio de igualdad en la ponderación de las circunstancias relativas a la institución militar explicitadas anteriormente, pues no cabe duda de que se trata de situaciones desiguales.

En los tres siguientes apartados procede examinar las justificaciones existentes en su momento para denegar automáticamente la suspensión de condenas a militares por delitos castrenses:

- 3.º La preservación y el reforzamiento de la unidad y la disciplina: la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, reconoce como principios esenciales e indispensables los de unidad, jerarquía y disciplina para conseguir la máxima eficacia en la acción de las Fuerzas Armadas. Efectivamente, actualmente no existe la prohibición legal de aplicar la suspensión de condena privativa de libertad en la jurisdicción castrense, pero no cabe duda de que tales elementos pueden ser ponderados como ya se ha indicado. Cabe valorar, en este sentido, los efectos que quepa esperar de la suspensión para la unidad y disciplina de las Fuerzas Armadas, todo ello en aplicación del artículo 80 del Código Penal.
- 4.º La incidencia y daño que la comisión del ilícito pueda causar en la integridad de la institución: desde siempre al militar se le ha identificado con una persona recta, íntegra en su actuar y respetuosa con las leyes. Por este y por otros motivos, las condenas por delitos a militares suelen ser llamativas y recurrentes en los medios de comunicación, pues al que se presume recto se le examina con mayor severidad, y más sorprendente es su equivocación. Esta circunstancia deberá examinarse caso por caso y, a mi modo de ver, debe

analizarse cada delito y las circunstancias que rodean al mismo para valorar si la actuación repele a la profesión militar.

- 5.º Razones de ejemplaridad directamente vinculadas a la disciplina: esta era la justificación otorgada en el preámbulo del Código Penal de 1985 para excluir en el ámbito de la jurisdicción castrense la suspensión condicional de la condena. Habiéndose mencionado las razones con respecto a la disciplina, bastará con señalar, con respecto a la ejemplaridad, que, aún como señala MESTRE DELGADO, no exige la previsión del ingreso efectivo en prisión para el castigo de infracciones de relativa menor trascendencia. En mi opinión, ello debe completarse con la necesaria ponderación de si las mencionadas infracciones, en función de la ponderación de los elementos del artículo 80 del Código Penal, encuentran justificada su suspensión.
- 6.º Coherencia y proporcionalidad: la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, mantiene el principio, tradicional en el régimen disciplinario militar, de la inmediata ejecutividad de las sanciones, indisoluble con la preservación de la disciplina o la evitación de perjuicios irreparables al servicio. Enlazando con lo anterior, si el legislador ha explicitado este principio en infracciones de menor gravedad a las de los delitos militares, parece razonable que la regla general en la jurisdicción castrense sea la ejecución de las penas y no la suspensión de las mismas.
- 7.º La condición de militar conlleva una exigencia personal continuada, y ello puede abarcar también a la asunción de las consecuencias del delito como elemento más de ponderación, como circunstancia personal del penado.
- 8.º Las razones justificativas de la suspensión de la condena (apartado II del trabajo) en el ámbito de la jurisdicción militar deben matizarse: no queda claro que se reduzca más la reincidencia por la suspensión de la condena que por el cumplimiento de la pena privativa de libertad. Por otro lado, la contaminación carcelaria que se aduce con respecto a los delincuentes primarios se presume menor en el Establecimiento Penitenciario Militar, por cuanto el interno se incorpora a una comunidad de personas que son o han sido militares y ese peso permanece, en una u otra medida, siempre.

## 5. CONCLUSIONES

- I. El principio de complementariedad vertebró el sistema de asentamiento del Código Penal Militar.
- II. Por otro lado, la suspensión de las penas privativas de libertad, originadas en las figuras de la *probatio* y de la *sursis*, descansa principalmente en la prevención de la reincidencia y en la evitación de la contaminación carcelaria.
- III. Por primera vez, el Código Penal Militar admite la suspensión de condenas privativas de libertad en la jurisdicción castrense.



- IV. Siguiendo el modelo de complementariedad entre el Código Penal Militar y el Código Penal, el régimen para la suspensión de la ejecución de penas privativas de libertad es el previsto en el Código Penal (artículos 80 y siguientes).
- V. Aun cuando no exista un régimen diferenciado de suspensión de condena de la jurisdicción militar, la ponderación de las circunstancias del párrafo segundo del punto 1 del artículo 80 del Código Penal facultan para tomar en consideración las circunstancias específicas que rodean a la jurisdicción militar.
- VI. Distintas razones llevan a la conclusión de que, en el ámbito de la jurisdicción militar, la regla general es la ejecución de las penas y no la suspensión de la condena.
- VII. Sin perjuicio de lo anterior, nada sustituye la adecuada ponderación del órgano judicial para decidir acerca de la suspensión o la ejecución de una pena privativa de libertad.

## BIBLIOGRAFÍA

BECCARIA C. (2004). *Tratado de los delitos y las penas*. Madrid, Maxtor.

CUESTA, ARZAMENDI, J.L. de la. (2009). El principio de humanidad en el Derecho Penal. *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*. N.º 23. Pp. 209-225.

FERNÁNDEZ SALGADO, M. (2017). Suspensión extraordinaria de la condena por sufrir enfermedad grave con padecimientos incurables. *Foro FICP: Tribuna y Boletín de la FICP*. Madrid, Fundación Internacional de Ciencias Penales. N.º 2017-2, septiembre, pp. 369-378.

FERRINI, C. (2017). *Derecho penal romano*. Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.

GARCÍA BECERRA, J. A. (1994). La pena de prisión (una perspectiva histórica). *Clio: Revista de la Escuela de Historia*. N.º12, pp. 19-40, septiembre-diciembre.

GARCÍA RIVAS, N. (1996) *El poder punitivo en el Estado democrático*. Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.

— (2014) El proyecto de reforma del Código Penal de 2013 como programa inoculizador de delincuentes peligrosos (prisión permanente revisable y medidas de seguridad indeterminadas). *Diritto Penale Contemporaneo. Rivista Trimestrale*. 3-4, pp. 178-200.

LÓPEZ LORCA, B. (2011). Algunas reflexiones para la reforma de la justicia militar. *Documentos de Trabajo. Seminario permanente de ciencias sociales*. N.º 6.

NÚÑEZ BARBERO, R. (1970). ¿Condena condicional o suspensión de la ejecución de la pena? *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo 23, n.º 1, pp. 5-34.

OSSET BELTRÁN, N. (2015). *Suspensión de la pena privativa de libertad*. Madrid, Ministerio del Interior. Secretaría General de Instituciones Penitenciarias.

PEÑA MATEOS, J. (1997). Antecedentes de la prisión como pena privativa de libertad en Europa hasta el siglo XVII. En: García Valdés, C. (dir.). *Historia de la prisión: teorías economistas, crítica*. Madrid, Edisofer. Pp. 63-78.

RENART GARCÍA, F. (2017). Las penas privativas de libertad en la Legislación Militar española: su tratamiento jurídico-penal y penitenciario. *Revista de Estudios Penitenciarios*. N.º 260, pp. 51-104.

SERRANO PATIÑO, J. V. (2016). *La ejecución de las penas privativas de libertad en el ámbito castrense*. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo 69, fasc. 1, pp. 409-447.

## 2. UNA REVISIÓN A LAS ESPECIALES CONDICIONES DEL PERSONAL DE BUQUES DE GUERRA DE LA ARMADA EN OPERACIONES MARÍTIMAS DE LEY Y ORDEN

*Daniel Rey Moral*  
*Capitán auditor*

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. Las operaciones marítimas de ley y orden: el *good order at sea* en labores de vigilancia y seguridad marítima. 3. La condición de la dotación de los buques de guerra. 3.1. Fuerza Armada. 3.2. Agente de la autoridad. 3.3. El especial subtipo de agente de la autoridad. 4. Conclusiones. Bibliografía

**RESUMEN.** El principal objetivo de este ensayo es revisar el papel desempeñado por el personal que integra la dotación de los buques de la Armada, teniendo en cuenta los diferentes escenarios donde pueden prestar servicio, siendo de interés aquellos donde ejercen condición de agente de la autoridad, y especialmente en su lucha contra actividades ilícitas en alta mar.

### I. INTRODUCCIÓN

Como consecuencia de los acontecimientos sanitarios que han tenido lugar en España a lo largo del año 2020, y siguen sucediéndose en el 2021, la población española se ha acostumbrado a una mayor presencia de los miembros de las Fuerzas Armadas en lugares públicos y privados. Lejos del tradicional papel de fuerza armada desplegada en conflictos armados o en misiones de paz, el militar español ha desarrollado funciones de agente de la autoridad para velar y garantizar la seguridad sanitaria de la población civil.

El excepcional escenario descrito ha sido la razón que ha motivado escribir este ensayo, en el que se pretende dar una visión específica acerca de la condición de agente de la autoridad del personal que integra la dotación de los buques de

la Armada española, según se haya producido su designación, legal o por medio de convenios internacionales. Además, de acuerdo con las especiales atribuciones y funciones conferidas a los buques de guerra de la Armada, hemos procurado abordar específicas categorías, como las de Policía Judicial y Policía Marítima, proponiendo también una concreta tipología, la de Policía Marítima Internacional, junto con su correspondiente regulación, para aquellos supuestos en los que la Armada forma parte de operaciones navales en alta mar, en su lucha contra actividades ilícitas, para lograr obtener la seguridad marítima.

## **2. LAS OPERACIONES MARÍTIMAS DE LEY Y ORDEN: EL *GOOD ORDER AT SEA* EN LABORES DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD MARTÍMA**

Con ocasión de la celebración del vigésimo aniversario de la entrada en vigor de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, se elaboró el documento *Los océanos fuente de vida. Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Vigésimo aniversario (1982-2002)* (Naciones Unidas, Derecho del Mar, 2002), en el que se ponía de manifiesto que los conflictos armados abiertos y tradicionales ya no eran la única forma de confrontación, sino que eran las nuevas amenazas por mar, sobre las que la comunidad internacional debía focalizar su atención.

A partir de los primeros años del siglo XXI, y más concretamente como consecuencia de los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001, se observaron tres cambios de especial trascendencia para la común convivencia en la mar. En primer lugar, la cesión de protagonismo de los conflictos armados, cuyas batallas también se desarrollaban en la mar, en favor de nuevas y emergentes actividades ilegales, o ya consolidadas, como eran los casos de piratería, los diferentes tipos de tráfico ilícitos, las actividades terroristas o la proliferación de armas de destrucción masiva, por poner varios ejemplos. En segundo lugar, los espacios marítimos se convirtieron en el escenario ideal para la comisión de esos actos ilegales, del mismo modo que había sucedido con el espacio aéreo en el año 2001. Por último, los Estados dejaron de librar acciones bélicas entre sí, para encarar el nuevo reto planteado por los actores y agentes no estatales, principalmente responsables de organizar y ejecutar esas amenazas y actividades ilícitas por mar.

En ese nuevo contexto, el Concepto de Operaciones Navales 2015 de la Armada española entendió que la actividad cívico-militar de prevención de riesgos y de lucha contra amenazas en el entorno marítimo, en constante colaboración con los organismos e instituciones estatales e internacionales; basada en el conocimiento del entorno marítimo, y en la coordinación eficaz de todos los actores con capacidad de intervención; con el fin de preservar los intereses marítimos nacionales, generaría la obtención de la «seguridad marítima», destinada a garantizar la libertad de navegación de todo riesgo o peligro.

Para tratar de prevenir y contrarrestar esas amenazas por mar, los Estados, de forma individual, a través de coaliciones internacionales como la Combined

Maritime Forces (CMF) o por medio de organizaciones internacionales como la Unión Europea, han desplegado sus buques de guerra en operaciones navales a lo largo de diferentes espacios marítimos, como la alta mar, caso de la operación EUNAVFOR MED Sophia, o bien por espacios sometidos a la soberanía y jurisdicción de un Estado, como sucedió en el caso de Somalia en la lucha contra la piratería, con el fin de garantizar en todo caso el cumplimiento del ordenamiento jurídico nacional e internacional, y, con ello, el *good order at sea*, o, lo que es lo mismo, la paz y la estabilidad internacional en el medio marino.

### **3. LA CONDICIÓN DE LA DOTACIÓN DE LOS BUQUES DE GUERRA**

Las funciones y responsabilidades atribuidas a la dotación de los buques de guerra de la Armada no dispensa a su personal de ejercer otras labores específicas y necesarias para el desarrollo de operaciones navales. Esta particularidad nos lleva a analizar la condición bajo la cual ejercerán esa tarea, toda vez que en la inmensidad del mar son múltiples las incidencias que pueden presentarse.

#### **3.1. Fuerza Armada**

El artículo 16 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, aprobadas por Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, impone el deber del militar de cumplir de forma exacta sus deberes y obligaciones. De esta forma, resulta coherente que, al amparo del artículo 85 del mismo texto, la conducta de las Fuerzas Armadas en el seno de cualquier conflicto u operación militar debe someterse a los tratados internacionales de los que España forma parte, relacionados con el derecho internacional humanitario.

#### **3.2. Agente de la autoridad**

En virtud de la disposición adicional tercera de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar, los miembros de las Fuerzas Armadas ostentan el carácter de agente de la autoridad en el ejercicio de sus funciones en dos supuestos diferentes. En primer lugar, cuando presten sus servicios como policía militar, naval o aérea. En segundo lugar, cuando intervengan en las operaciones descritas en el artículo 16.e) de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional. Además, en este caso, la actuación de las Fuerzas Armadas como agentes de la autoridad está supeditada tanto al cumplimiento de las circunstancias como al acatamiento de las condiciones que reglamentariamente se determinen.

Sobre el papel desempeñado como policía militar, naval o aérea, el artículo 15 del Real Decreto 194/2010, de 26 de febrero, por el que se aprueban las Normas sobre seguridad en las Fuerzas Armadas, otorga a la policía militar, naval o aérea el carácter de agente de la autoridad durante las guardias de seguridad, ex-

cluyendo de forma expresa la seguridad relacionada con la información, la específica de operaciones, ejercicios y maniobras, así como las aeronaves, y la relativa a la seguridad y prevención de riesgos laborales.

En lo que respecta a las operaciones descritas en el artículo 16.e) de la Ley Orgánica 5/2005, estas son las que suponen una *«colaboración con las diferentes Administraciones públicas en lo supuestos de grave riesgo, catástrofe, calamidad u otras necesidades públicas, conforme a lo establecido en la legislación vigente»*. La disposición adicional primera del mencionado Real Decreto 194/2010 prevé las circunstancias, y las condiciones, bajo las que los miembros de las Fuerzas Armadas actuarán como agentes de la autoridad cuando intervengan encuadrados en la Unidad Militar de Emergencias, bajo su mando o control operativo; y en los supuestos de necesidades públicas en apoyo a Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, tal y como aconteció recientemente, mediante la disposición adicional quinta del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

Sin perjuicio de las funciones que tienen atribuidas los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, y los integrantes de los organismos públicos con funciones de vigilancia marítima en el ejercicio de sus competencias, la legislación que se ha venido citando también contempla la posibilidad de que la condición de agente de la autoridad recaiga sobre los miembros de las dotaciones de los buques de la Armada mientras ejerzan sus funciones de vigilancia y seguridad marítima, atribuidas legalmente o por convenios internacionales suscritos por España.

#### *A) Atribución legal de la condición de agente de la autoridad*

Ejemplos de la labor de vigilancia y seguridad marítima encomendada a la Armada como agentes de la autoridad, por atribución legal, los podemos encontrar en el Real Decreto 371/2020, de 18 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Extracciones Marítimas, donde se requiere a la Armada, *«junto con otros agentes, la protección»* de buques y bienes naufragados o hundidos. Sin ser expresamente una atribución legal, la dotación de los buques de guerra de la Armada también puede desempeñar, en colaboración con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, labores de lucha contra el tráfico ilícito de sustancias estupefacientes en nuestras aguas territoriales, tal y como se desprende del Acuerdo Interdepartamental entre los Ministerios de Defensa e Interior en el ámbito de la lucha contra el tráfico ilícito de drogas suscrito el 14 de febrero de 2006.

No obstante, estos ejemplos son propios de las actividades desarrolladas en aguas sometidas a soberanía y jurisdicción nacional. Por ello, debemos plantear si esa misma consideración de agente de la autoridad también tiene lugar en otros espacios marítimos.

En lo que respecta a otros espacios marítimos como la Zona Contigua, y principalmente la Zona Económica Exclusiva, nos resulta especialmente útil e

interesante el contenido del Auto de 26 de febrero de 2016, dictado por los Juzgados Centrales de Instrucción de la Audiencia Nacional, en el asunto relativo a la actuación llevada a cabo por el buque de la Armada española *Relámpago* sobre el personal de la embarcación *Arctic Sunrise* de Greenpeace, en su intento de abordaje del buque *Rowan Renaissance*, a quien el director general de la Marina Mercante había autorizado llevar a cabo prospecciones marítimas en ZEE. En cumplimiento de la misión de la Armada de defender el *Rowan Renaissance*, el auto alcanza como conclusión la legitimación y legalidad de la actuación de la Armada, «*desarrollando una función de seguridad y mantenimiento del orden público*», ante la conducta «*netamente antijurídica*» de los activistas de Greenpeace.

Ahora bien, cuestión aparte merece analizar el supuesto en el que el personal de la Armada ejecuta en aguas internacionales operaciones navales auspiciadas por organizaciones internacionales como la Unión Europea, para lograr la seguridad marítima, caso de la operación Atalanta contra la piratería, la operación Sophia contra el tráfico ilícito de migrantes o, en caso de desplegar, la operación Irene contra el tráfico ilícito de armas.

### *B) Agente de la autoridad en alta mar*

A la cuestión planteada no parece fácil darle una respuesta tajantemente afirmativa en lo que a una posible atribución legal se refiere, ya que resulta discutible el encaje de estas operaciones navales en la tipología de misiones descritas en la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre.

Dejábamos constancia con anterioridad de que la legislación española prevé que la condición de agente de la autoridad puede recaer sobre los miembros de las dotaciones de los buques de la Armada mientras ejerzan sus funciones de vigilancia y seguridad marítima, atribuidas por convenios internacionales suscritos por España. Por consiguiente, debemos acudir a la potestas conferida por el derecho internacional, a los buques de guerra y a los buques de Estado debidamente autorizados para llevar a cabo operaciones de interdicción en alta mar, en las que se ejecuten detenciones, abordajes e inspecciones.

No obstante, en zona de operaciones en aguas internacionales la dotación de los buques de la Armada sigue sometida al cumplimiento de todas las condiciones descritas en la disposición adicional primera del Real Decreto 194/2010, para los agentes de la autoridad, estas son la existencia de una orden ejecutiva de una autoridad competente, la formación necesaria para el cumplimiento de la orden y la correspondiente identificación.

Ninguna duda genera la emisión de una orden ejecutiva por parte de una autoridad competente. La participación de la Armada española en operaciones navales bajo la estructura de una organización internacional está legitimada por una previa decisión del Gobierno de la nación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 de la LODN. Tampoco existe debate sobre la formación de los miembros de las Fuerzas Armadas para el cumplimiento de sus misiones, más

bien todo lo contrario, siendo reconocida la labor y contribución de los militares españoles en todas las misiones en las que participan.

Sin embargo, mayor duda nos genera que se cumpla con el deber de identificación como agentes de la autoridad durante el trabajo en zona de operaciones en aguas internacionales que exige la Orden DEF/316/2015, de 23 de febrero, por la que se aprueban los medios de identificación que sobre el uniforme deben portar los miembros de las Fuerzas Armadas que tengan carácter de agente de la autoridad en el ejercicio de sus funciones, y que los describe así: el brazalete, el chaleco, el distintivo de identificación personal y la tarjeta de identificación personal.

De esta forma, el artículo 6.3 y el artículo 7.3 dictaminan, respectivamente, que el brazalete y el chaleco deberán llevar grabada la palabra *Fuerzas Armadas* y, debajo de esta inscripción, el rótulo *Agente de la Autoridad*. Sin embargo, los miembros de la dotación de los buques de la Armada que participan en operaciones navales bajo organizaciones internacionales están identificados con el emblema creado por esta para la operación. Por su parte, el artículo 8.2 concede el distintivo de identificación personal de uso exclusivo para policía militar, naval o aérea. Y el artículo 9 excluye de su contenido a todo miembro de dotación de un buque de la Armada.

No obstante, esas identificaciones tampoco han sido empleadas durante las operaciones navales de vigilancia y seguridad marítima que hemos venido citando (Sophia y Atalanta). Consecuentemente, resulta claro que la presencia de personal de la Armada española como agentes de la autoridad en aguas internacionales en ejecución de una operación militar bajo bandera de una organización internacional, como puede ser la Unión Europea, tiene cabida y está amparada a pesar de no cumplir de forma rigurosa con los medios de identificación descritos.

### **3.3. El especial subtipo de agente de la autoridad**

Hasta este momento, hemos procurado ofrecer una visión general sobre la condición de agente de la autoridad por parte del personal que integra la dotación de los buques de guerra de la Armada. El argumento expuesto nos ha llevado a concluir que esta atribución tiene un considerable amparo por parte del derecho interno y del derecho internacional, a pesar de detectar una imperfección aparentemente superficial en el caso de la identificación como agente de la autoridad en alta mar.

Lo que se pretende abordar en las siguientes líneas no es otra cosa que la existencia de categorías específicas de agentes de la autoridad, que por su especial función y condición podrían incluso minimizar la ausencia de los medios de identificación ya expuestos.

#### *A) Policía Judicial*

El artículo 283.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobada por el Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, describe a la Policía Judicial en mate-



ria penal como «*las autoridades administrativas encargadas de la seguridad pública y de la persecución de todos los delitos o de algunos especiales*» en auxilio de jueces y tribunales competentes. De forma previa, el artículo 282 del mismo texto legal delimita la actividad de la Policía Judicial a la averiguación de «*los delitos públicos que se cometieren en su territorio o demarcación*», esto es, España.

Consecuentemente, previo mandato judicial —ya sea civil, como hemos visto, o militar—, el personal que integra la dotación de los buques de guerra de la Armada podría actuar como Policía Judicial para practicar en la mar detenciones de sospechosos de actividades ilícitas, y ponerlos posteriormente a disposición de la autoridad judicial española competente de la instrucción del correspondiente proceso penal.

Bajo esta consideración, y tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, la Armada española y la Fiscalía General del Estado suscribieron, el 2 de julio de 2015, el Protocolo de actuación de los buques de la Armada ante los delitos de persecución universal, con el fin de establecer los criterios de actuación y relación por parte de las autoridades de la Armada con las fiscalías correspondientes, cuando los buques de guerra españoles interviniesen en hechos susceptibles de ser enjuiciados por los tribunales españoles en virtud del artículo 23.4.d) de la LOPJ.

El Protocolo señala que, con independencia del espacio marítimo en que se halle el buque de guerra, cuando exista un requerimiento por parte de un órgano judicial español la dotación del buque de guerra podrá actuar como Policía Judicial llevando a cabo las medidas que sean requeridas. Si bien este protocolo ha sido aplicado en detenciones de piratas durante la operación Atalanta, en el caso de la operación Sophia la intervención de la Armada española en aguas internacionales contra presuntos responsables de delitos de tráfico ilícito de migrantes no fue en ningún caso requerida por los órganos de la jurisdicción penal española, ya que la competencia extraterritorial recayó sobre los jueces y tribunales italianos, sino que tuvo lugar como agente de la autoridad de conformidad con la legitimación de actuación proporcionada por el derecho internacional del mar y por la Decisión (PESC) 2015/778, de 18 de mayo, del Consejo.

### *B) La Policía Marítima Internacional*

Debemos acudir nuevamente al Protocolo de actuación ante los delitos de persecución universal entre la Armada Española y la Fiscalía General del Estado, donde se prevé la posible intervención de los buques de guerra ante presuntos delitos, sobre los que los órganos jurisdiccionales españoles no ostentan competencia para enjuiciarlos por no resultar «*coincidentes en los tratados internacionales las reglas que legitiman la intervención de un determinado buque de guerra con las reglas de competencia para el enjuiciamiento de dichos delitos*», o bien porque «*muchas de estas actuaciones se realizan bajo mandato de una Organización Internacional de la que España es miembro o en virtud de colaboración con terceros Estados u otras organizaciones internacionales, ajustando su actuación, en estos casos, al*

*correspondiente convenio, acuerdo, estatuto o resolución internacional vinculante*», tal y como sucedió con la operación Sophia, o podría suceder en el contexto de la operación Irene.

De acuerdo con los supuestos expuestos anteriormente, entendemos que la intervención operacional del personal de los buques de la Armada no estaría amparada por la condición de Policía Judicial, pero sí por una especial tipología de agente de la autoridad: la de Policía Marítima Internacional. No podemos obviar que, según el mencionado Protocolo, los buques de la Armada no estarían exentos del deber de poner hechos presuntamente delictivos en conocimiento de la fiscalía correspondiente.

Esta especial tipología o condición en el desempeño de funciones como agente de la autoridad, sujeta al mando de operaciones para el cumplimiento del ordenamiento jurídico, ya fue nítidamente advertida como «policía marítima» por el almirante jefe de Estado Mayor de la Armada, en el preámbulo de su Instrucción núm. 81/2014.

Su configuración quedaba delimitada para el «conjunto de actividades que llevan a cabo los distintos organismos de la Administración Pública con competencias relacionadas con la mar para velar por los intereses marítimos nacionales». Esta acepción estaba claramente enfocada a nuestros espacios marítimos, y fue implícitamente acogida por la Guardia Civil en su Real Decreto 734/2020, de 4 de agosto, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio del Interior, habida cuenta de la extrema presión migratoria que sufre España por el mar Mediterráneo y por el océano Atlántico.

Ahora bien, la adjetivación internacional al concepto de Policía Marítima vendría otorgada únicamente a la dotación de los buques de guerra de la Armada, por las acciones ejecutadas en alta mar para garantizar el cumplimiento del ordenamiento jurídico internacional, dentro del marco de una organización internacional.

La actuación de la Guardia Civil en alta mar podría estar justificada desde una perspectiva nacional e internacional. Sin embargo, esta actuación queda sometida a dos criterios imperativos: su excepcionalidad y la previa y expresa autorización. El carácter excepcional y bajo autorización de las embarcaciones de la Guardia Civil respecto de los buques de guerra de la Armada queda también al descubierto en el artículo 14.2 de la Ley Orgánica 2/1986, según el cual son conjuntamente los ministros de Defensa y de Interior los que dispondrán todo lo referente al despliegue territorial de la Guardia Civil.

Tras comprobar que la actuación de la Guardia Civil en nuestros espacios marítimos corresponde como Policía Marítima, y que en alta mar su función es excepcional y residual, atribuiríamos a la Armada, y al personal que forma parte de su dotación, la condición internacional de esa denominación de Policía Marítima, y, por lo tanto, la calificaríamos como «Policía Marítima Internacional». Es decir, una modalidad específica de «agente de la autoridad» para los miembros de las Fuerzas Armadas que desempeñen sus funciones fuera de nuestras fronteras, y tengan como finalidad prevenir o erradicar actividades ilícitas extendidas a nivel internacional, garantizando así la seguridad marítima.

De acuerdo con esa consideración, encajaría a la perfección la acción que durante años se ha llevado a cabo por la Armada en el seno de las operaciones navales de la Unión Europea como Sophia o Atalanta. Ahora bien, en el supuesto de que la condición de «Policía Marítima Internacional» fuese ampliamente aceptada, no sería despreciable tratar de completarla *lege ferenda* para facilitar y ampliar su encaje con aspectos relativos a la aprehensión de posibles sospechosos de actividades ilícitas, y la coordinación con Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y órganos judiciales de los Estados miembro de la Unión Europea.

#### 4. CONCLUSIONES

La participación de las Fuerzas Armadas en la vida pública es cada vez más palpable, y no como fuerza armada, sino como agente de la autoridad cuando presten sus servicios como policía militar, naval o aérea, y cuando intervengan en las operaciones descritas en la Ley Orgánica 5/2005, de la Defensa Nacional. Sin embargo, como no podía ser de otra forma, esta condición también se traslada a la dotación de los buques de guerra de la Armada española que desempeñan su labor de vigilancia y seguridad marítima, atribuidas legalmente, en operaciones realizadas en los diversos espacios marítimos nacionales; o atribuidas por convenios internacionales suscritos por España, llevadas a cabo en alta mar, con el fin de preservar el cumplimiento de la legalidad y garantizar la navegación y seguridad marítima.

En todos estos escenarios, la dotación de los buques de la Armada sigue sometida a los requisitos previstos en el Real Decreto 194/2010, para los agentes de la autoridad, quedando en evidencia la falta de identificación exigida cuando actúan en operaciones navales bajo mando de una organización internacional.

Además, como agentes de la autoridad en alta mar, la dotación de los buques de guerra puede desempeñar dos categorías específicas. Una, como Policía Judicial, en auxilio de jueces y tribunales pertenecientes a la jurisdicción ordinaria o militar, para la averiguación de delitos de los que se consideren competentes para conocer. La segunda, como Policía Marítima Internacional, actuando en operaciones navales lanzadas por una organización internacional, para garantizar el cumplimiento del ordenamiento jurídico internacional ante actividades ilícitas cometidas en alta mar.

#### BIBLIOGRAFÍA

ALIA PLANA, J. M. *Concepto de Derecho Operativo*, en PÉREZ DE FRANCISCO, E. (coord.), *Manual de Derecho Operativo*. Madrid: Marcial Pons, 2015.

BUEGER, C. «What is Maritime Security?», *Marine Policy*, n.º 53, 2015.

CURT GARCÍA, L. *La Estrategia de Seguridad Marítima Nacional ante su próxima revisión: avances y opciones de mejora*. Instituto Español de Estudios Estratégicos, Documento de Opinión n.º 9, 2018.

DOMÍNGUEZ BASCOY, J. «La contribución de la Armada a la acción policial del Estado en la mar (primera parte)», *Revista Jurídico Militar*, n.º 18, 2006.

ESPALIÚ BERDUD, C. «The Spanish Maritime Security: main challenges», *Revista Europea de Derecho de la Navegación Marítima y Aeronáutica*, n.º 35, 2018.

GARCÍA SÁNCHEZ, I. J. *Análisis de la Estrategia de Seguridad Marítima Nacional 2013. La Prosperidad y el Bienestar más allá de la línea de costa*. Instituto Español de Estudios Estratégicos, Documento de Análisis n.º 66, 2013.

MARÍN CASTÁN, F. *Marco jurídico de la seguridad marítima*. Instituto Español de Estudios Estratégicos, Cuadernos de Estrategia, n.º 140, 2008.

NIMMICH, J. y GOWARD, N. «Maritime Domain Awareness: The Key to Maritime Security», en CARSTEN, M. (ed.), *International Law Studies*. Newport: Naval War College, n.º 83, 2007.

### **3. MODERNAS CORRIENTES EN TORNO AL INSTITUTO DEL RESARCIMIENTO: EL PRINCIPIO DE INDEMNIDAD DEL GUARDIA CIVIL POR LOS DAÑOS PERSONALES SUFRIDOS CON OCASIÓN DEL SERVICIO**

*Pablo de la Cruz Pérez Florido  
Capitán Auditor*

**SUMARIO:** 1. Introducción al objeto del trabajo: delimitación del supuesto. 2. Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas y resarcimiento: perspectiva general de ambas instituciones. 3. La improcedencia de la responsabilidad patrimonial. 4. El resarcimiento de los daños personales: el principio de indemnidad. 4.1. Fundamentos legales: doctrina del Consejo de Estado. 4.2. Consolidación jurisprudencial: las modernas orientaciones de los tribunales en torno a la vigencia y alcance del principio de indemnidad. 5. Implementación del principio de indemnidad en la Guardia Civil. 5.1. El detonante: la sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de julio de 2019 (SAN 3143/2019). 5.2. La aplicación de la vía del resarcimiento. 5.3. El procedimiento articulado para el resarcimiento en el Real Decreto 485/1980. 6. Oportunidad para una reglamentación directa: el modelo previsto para la Ertzaintza. 7. Conclusiones

**RESUMEN.** Recientemente, la Sección 4.<sup>a</sup> de la Sala III del Tribunal Supremo, en su Sentencia núm. 956/2020, dictada el 8 de julio de 2020, ha venido a consagrar la plena virtualidad y eficacia directa del principio de indemnidad de los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, por las lesiones y perjuicios sufridos como consecuencia de acciones ilícitas de las personas sobre las que ejercen, sin culpa o negligencia por su parte, las funciones que son propias de su cargo; concluyendo el deber de la Administración de asumir el pago del importe de la indemnización que se establezca a favor de dichos agentes por el hecho cometido por el tercero que haya resultado insolvente.

## I. INTRODUCCIÓN AL OBJETO DEL TRABAJO: DELIMITACIÓN DEL SUPUESTO

Los componentes de la Guardia Civil, en cuanto integrantes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, participan en el cumplimiento de las funciones que le son atribuidas a estas en el artículo 104<sup>1</sup> de la Constitución Española, y en los artículos 11 y 12 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Resulta evidente, y por todos conocido, que la prestación de un servicio público de tal naturaleza comporta para los guardias civiles (y en general para todos los integrantes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad) la asunción de ingentes riesgos de naturaleza personal que, desgraciadamente en no pocas ocasiones, se traducen en diversa índole de lesiones y daños corporales.

En estos casos, la realidad y alcance de los daños y lesiones, así como su conexión con el servicio, vienen expresamente consignados en la correspondiente sentencia condenatoria del orden jurisdiccional penal, junto con el importe de la responsabilidad civil a la que el delincuente condenado queda obligado a indemnizar al agente. Ahora bien, en demasiadas ocasiones a tales condenas les siguen, sin solución de continuidad, pronunciamientos judiciales en los que procede a decretarse la insolvencia del condenado a su satisfacción, frustrándose con ello el resarcimiento *ad integrum* del agente lesionado.

En estos casos, lamentablemente frecuentes, el guardia civil dirigía su pretensión indemnizatoria al Estado, encontrándose con un panorama jurídico que, hemos de convenir, resultaba ciertamente desmoralizador para estos sacrificados servidores públicos:

De un lado, la doctrina jurisprudencial de nuestros tribunales, así como la doctrina del Consejo de Estado, destacaba de manera constante la improcedencia de invocar como título en los que satisfacer estas solicitudes indemnizatorias la institución de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas. Sin perjuicio de que, sobre este extremo, profundizaremos en los apartados siguientes, baste destacar que se consideraba que no concurría en tales supuestos una imputación, por título alguno, a la Administración, pues el daño —consecuencia de una actividad punible— no resultaba trasladable por tal título a la esfera pública. No cabía, pues, en estos casos inferir una imputación genérica a la propia organización administrativa ni era perceptible una situación de anormalidad en el funcionamiento del servicio público o una situación de riesgo

---

<sup>1</sup> Artículo 9 de la Ley Orgánica 2/1986: «Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado ejercen sus funciones en todo el territorio nacional y están integradas por:

a) El Cuerpo Nacional de Policía, que es un Instituto Armado de naturaleza civil, dependiente del Ministro del Interior.

b) La Guardia Civil, que es un Instituto Armado de naturaleza militar, dependiente del Ministro del Interior, en el desempeño de las funciones que esta Ley le atribuye, y del Ministro de Defensa en el cumplimiento de las misiones de carácter militar que este o el Gobierno le encomienden. En tiempo de guerra y durante el estado de sitio, dependerá exclusivamente del Ministro de Defensa».

creado por la Administración, presupuesto primario e ineludible para que opere el instituto de la responsabilidad patrimonial, según las previsiones legales.

Tanto la jurisprudencia de nuestros tribunales como la doctrina del Consejo de Estado precisaban que los funcionarios se encuentran ligados a la Administración por una relación de servicios, calificada de estatutaria, esto es, definida legal y reglamentariamente, y por tanto la reparación de los eventuales daños y perjuicios que pudieran surgir en el marco de esa relación de servicios debía producirse primariamente por aplicación del ordenamiento que, específicamente, regula o disciplina esa relación.

De otro, y en línea con lo anterior, en el ámbito de la Guardia Civil, el resarcimiento de los daños irrogados a los miembros del Benemérito Instituto era regulado en el Real Decreto 485/1980, de 22 de febrero, el cual, como veremos más adelante, restringía su aplicabilidad al resarcimiento a los daños de índole exclusivamente material.

Así las cosas, clausurada la vía de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, el guardia civil solicitante se encontraba con que la regulación de su régimen estatutario, en el cual, como dijimos, debía ventilar necesariamente su pretensión de resarcimiento, lo constreñía exclusivamente a los daños de índole material.

Ahora bien, paradójicamente con lo anterior, el Consejo de Estado venía impulsando, en diversos dictámenes, la vigencia y virtualidad del principio de indemnidad del funcionario público, en relación con las reclamaciones formuladas por miembros de otros cuerpos policiales con sede, principalmente, en los artículos 179 y 180 del Reglamento Orgánico de la Policía Gubernativa, aprobado por Decreto 2038/1975; y, en particular, el artículo 23.4 de la anterior Ley 30/1984, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, conforme al cual quien sufra por causa de su actuación pública, o con ocasión de ella, un daño, y sin mediar dolo o negligencia por su parte, debe ser resarcido, por causa que se localiza en la propia concepción y efectos de lo que es el ejercicio de una función pública.

Dicho artículo 23.4 se encuentra literalmente reproducido en el artículo 28 del vigente Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, que, en materia de «Indemnizaciones» previene que *«los funcionarios percibirán las indemnizaciones correspondientes por razón del servicio»*.

Pues bien, dos sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Asturias y Extremadura, de 2018 y 2019, respectivamente, se harán eco de aquella doctrina legal en torno al principio de indemnidad del funcionario público, estimando sendas reclamaciones de indemnización formuladas por agentes del Cuerpo Nacional de Policía, y condenando a la Administración a abonar a dichos agentes las sumas fijadas en concepto de indemnización en la sentencia penal por las lesiones sufridas en acto de servicio, a la luz de la insolvencia judicialmente declarada del tercero condenado a su abono.

Tal corriente jurisprudencial será finalmente respaldada por el Tribunal Supremo en su reciente Sentencia 956/2020, dictada por la Sala III el 8 de julio de 2020, la cual será objeto de análisis detallado a lo largo del presente trabajo.

Lógicamente, esta doctrina no podía —ni debía— ser ignorada en el seno de la Guardia Civil; la necesidad de garantizar la estricta vigencia del principio de indemnidad respecto de los componentes del Benemérito Instituto dará pie a la Asesoría Jurídica de la Dirección General a pronunciarse en torno al cauce procedimental que debía implementarse a las solicitudes en las que aquellos interesasen el reconocimiento del derecho a ser indemnizado por lesiones personales sufridas en acto de servicio, cuando el condenado a su abono resultase insolvente.

## **2. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y RESARCIMIENTO: PERSPECTIVA GENERAL DE AMBAS INSTITUCIONES**

El artículo 106<sup>2</sup> de la Constitución española consagra, en su apartado 2.º, el principio de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas por los daños causados a los particulares como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, disponiendo al efecto que:

*«Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos».*

Pues bien, el mandato constitucional se encuentra actualmente desarrollado en la vigente Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que regula en sus artículos 32 a 37<sup>3</sup> el régimen de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, y, siguiendo el precepto constitucional, su artículo 32 establece que:

*«1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las administraciones públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.*

*La anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone, por sí misma, derecho a la indemnización.*

---

<sup>2</sup> Título IV, «Del Gobierno y de la Administración».

<sup>3</sup> Título preliminar, capítulo IV «De la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas».



2. *En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas».*

Y en su artículo 34.1, se especifica que:

*«Solo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que este no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley».*

En cuanto al procedimiento para la declaración de la responsabilidad patrimonial de la Administración, se encuentra regulado en la Ley 39/2015, de 1 de octubre<sup>4</sup>, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, cuyo artículo 67 dispone que:

*«1. Los interesados solo podrán solicitar el inicio de un procedimiento de responsabilidad patrimonial, cuando no haya prescrito su derecho a reclamar. El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo [...].*

*2. Además de lo previsto en el artículo 66, en la solicitud que realicen los interesados se deberán especificar las lesiones producidas, la presunta relación de causalidad entre estas y el funcionamiento del servicio público, la evaluación económica de la responsabilidad patrimonial, si fuera posible, y el momento en que la lesión efectivamente se produjo, e irá acompañada de cuantas alegaciones, documentos e informaciones se estimen oportunos y de la proposición de prueba, concretando los medios de que pretenda valerse el reclamante».*

Los anteriores preceptos configuran el régimen legal de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, sobre el que se han pronunciado reiteradamente nuestros tribunales, pudiendo destacarse, en particular, por su claridad expositiva, la Sentencia de la Sala III del Tribunal Supremo de fecha 5 de diciembre de 2014, que sintetiza los requisitos necesarios para la apreciación de la responsabilidad patrimonial de la Administración del siguiente modo:

- a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas.
- b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal —es indiferente la calificación— de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal.

---

<sup>4</sup> En el marco del título IV se contiene la regulación *«De las disposiciones sobre el procedimiento administrativo común»*, recogiendo diversas especialidades en el régimen de los procedimientos de responsabilidad patrimonial. Así, relativas a: *«Especialidades en el inicio de oficio de los procedimientos de responsabilidad patrimonial»*, artículo 65; *«Solicitudes de iniciación en los procedimientos de responsabilidad patrimonial»*, artículo 67; *«Solicitud de informes y dictámenes en los procedimientos de responsabilidad patrimonial»*, artículo 81; *«Especialidades de la resolución en los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial»*, artículo 91; y, finalmente, *«Competencia para la resolución de los procedimientos de responsabilidad patrimonial»*, en el artículo 92.

- c) Ausencia de fuerza mayor.
- d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta.

Ahora bien, sin perjuicio de lo que detalladamente expondremos en los apartados siguientes, se hace preciso destacar que, en el concreto supuesto atinente a las lesiones y daños irrogados a los funcionarios públicos con ocasión del servicio, la doctrina jurisprudencial emanada de los tribunales, así como la emanada del Consejo de Estado, precisaba que *«la responsabilidad extracontractual supone la existencia de una determinada actividad administrativa que incidentalmente, y al margen de cualquier relación jurídica previamente constituida, provoca unos daños a determinada persona que ésta no tiene el deber jurídico de soportar»*<sup>5</sup>.

Los funcionarios públicos se encuentran ligados a la Administración por una relación de servicios, calificada de estatutaria, esto es, definida legal y reglamentariamente, y por lo tanto la reparación de los daños que se susciten en el ámbito de esa relación debían ser residenciados y reparados en el seno de su propia regulación.

Pues bien, el resarcimiento de los miembros del Instituto de la Guardia Civil por los daños causados a los mismos en acto de servicio, o por su mera pertenencia al Instituto, cuando no medie dolo, negligencia o impericia grave por su parte, se encuentra regulado en el Real Decreto 485/1980, de 22 de febrero, cuyo artículo sexto dispone que *«todo componente de la Guardia Civil será resarcido del daño material en los bienes de su propiedad particular cuando se produjeran en acto u ocasión del Servicio o por su mera pertenencia al Instituto, sin mediar dolo, negligencia o impericia grave por su parte»*, redacción que recoge íntegramente el apartado segundo uno.1 de la Orden General del Cuerpo núm. 4/1998, de 18 de febrero (B.O.G.C. número 6), modificada parcialmente por la Orden General 10/2001, de 25 de mayo (B.O.G.C. número 16), por la que se regulan los procedimientos para exigir la responsabilidad o satisfacer el resarcimiento a los miembros del Instituto.

La norma, como queda expresado, se refiere exclusivamente a los daños materiales causados en los bienes de propiedad de los agentes, contemplando así un ámbito resarcitorio más restringido que el que se regulaba en los artículos 179 y 180 del Reglamento Orgánico de la Policía Gubernativa, aprobado por el Decreto 2038/1975 de 17 de julio<sup>6</sup>, referido el primero al resarcimiento por daños materiales, y, el segundo, al derivado de las lesiones ocasionadas al agente:

*Artículo 179: «Cuando un funcionario hubiera sufrido daños materiales en acto u ocasión del servicio, sin mediar por su parte dolo, negligencia o impericia, podrá el Director general de Seguridad ordenar la incoación de un expediente de resarcimiento de aquellos en favor del damnificado, donde*

<sup>5</sup> Sentencia de la Sala III del Tribunal Supremo, de 18 de junio de 1999.

<sup>6</sup> Cuyo contenido, tras sucesivas derogaciones parciales y modificaciones, ha sido derogado en su integridad por la disposición derogatoria única —apartado 1.e)— de la Ley Orgánica 9/2015, de 28 de julio, de Régimen de Personal de la Policía Nacional.

*se acreditarán sus causas, calidad e importe, y se resolverá sobre la procedencia o no de la indemnización correspondiente».*

*Artículo 180: «Cuando en iguales circunstancias resultare lesionado algún funcionario, el Director general podrá disponer la instrucción de un expediente para acreditar los hechos originarios, las lesiones sufridas, la capacidad o incapacidad derivada y el importe de los gastos de curación, a los efectos del artículo 165 y demás que procedan».*

En esta línea, el dictamen del Consejo de Estado núm. 635/2011, al valorar una solicitud de indemnización formulada por un guardia civil a resultas de los daños personales sufridos con ocasión del servicio, reconocía la improcedencia a estos efectos de la regulación contenida en el Real Decreto 485/1980:

*«[...] La indemnización por las lesiones y secuelas sufridas por el guardia civil podría encontrar su amparo en tres posibles títulos [...]*

*El segundo se basa en la aplicación de alguno de los regímenes específicos de resarcimiento previstos por el ordenamiento jurídico, que en este supuesto podrían ser hasta cinco. Pero ninguno de ellos ha resultado efectivo [...]*

*[...] No cabe la aplicación del Real Decreto 485/1980, de 22 de febrero, por el que se regula el procedimiento a seguir en los expedientes para la declaración de responsabilidad administrativa y resarcimiento por daños a los bienes de los miembros del Instituto de la guardia civil, en cuanto su ámbito se refiere a los daños materiales, con exclusión de los personales».*

### **3. LA IMPROCEDENCIA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL**

Como ya tuvimos oportunidad de adelantar, la constante y pacífica doctrina legal y jurisprudencial emanada por el Consejo de Estado y el Tribunal Supremo venía declarando la improcedencia de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas como título en el que ventilar las solicitudes de indemnización formuladas por los integrantes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado a consecuencia de las lesiones sufridas con ocasión del servicio.

Así, lo tiene señalado el Consejo de Estado, pudiendo destacar, por su claridad expositiva, el Dictamen 522/1991, en el que se precisaba que *«como sostienen fundadamente tanto la propuesta como el informe, no concurre en el supuesto considerado una imputación, por título alguno, a la Administración, pues el daño —consecuencia de una actividad punible— no es trasladable por tal título a la esfera pública. No cabe inferir una imputación genérica a la propia organización administrativa ni es perceptible una situación de anormalidad en el funcionamiento del servicio público o una situación de riesgo creado por la Administración, presupuesto primario e ineludible para que opere el instituto de la responsabilidad objetiva, según las previsiones legales, esto es, en el plano constitucional, del artículo 106.2 de la Constitución...».*

En esta misma línea abundaba el Dictamen 353/2006, añadiendo que *«en el presente caso no procede la responsabilidad patrimonial del Estado, al tratarse de un supuesto en que se solicita por un funcionario el resarcimiento de los daños sufridos con ocasión del servicio sin acreditarse la insuficiencia de la protección debida al amparo de los mecanismos protectores establecidos, habiendo sido solicitada la indemnización una vez transcurrido el plazo de un año de prescripción. Debe tenerse en cuenta que el instituto de la responsabilidad patrimonial del Estado no permite sustituir la indemnización establecida legalmente a cargo del condenado, a título de responsabilidad civil derivada del delito, sin que el Estado haya sido declarado responsable civil»*.

Doctrina que venía siendo también recogida en jurisprudencia de nuestros tribunales. Así, cabe destacar la sentencia de fecha 20 de febrero de 2003, en la que la Sala III del Tribunal Supremo vino a rechazar la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por un funcionario del Cuerpo Nacional de Policía, por las lesiones sufridas en el desempeño del servicio (práctica de una detención), argumentando, con carácter general, la ausencia en estos supuestos, de los requisitos esenciales para el surgimiento de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas; en concreto, se centraba en el concerniente a la antijuridicidad del daño. Y es que, con sede en la jurisprudencia de la sala, únicamente puede calificarse como antijurídico aquel daño que la víctima no tenga el deber de soportar; deber que surge de la concurrencia de un título que lo imponga, contrato previo, o cumplimiento de una obligación legal o reglamentaria.

Pues bien, en el caso de autos precisaba la sala que el funcionario lesionado había actuado en cumplimiento de una obligación que le venía legalmente impuesta por su condición de funcionario del Cuerpo Nacional de Policía. Y es que, evidentemente, el acceso a la condición de componente de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado conlleva de manera ineludible la asunción voluntaria y consentida de los riesgos que comporta la prestación de un servicio público de tal naturaleza.

A tal efecto, explicaba la sala que:

*«En el caso de autos nos encontramos con una reclamación por Responsabilidad Patrimonial de la Administración derivada de las lesiones sufridas por el funcionario del Cuerpo de Policía Nacional recurrente en acto de servicio al proceder a la detención de un delincuente el 2 de enero de 1.992.*

*La cuestión que se plantea está directamente vinculada con la concurrencia o no del requisito de antijuridicidad del daño sufrido, dado que no se plantea cuestión ni sobre la existencia de resultado dañoso ni sobre la forma y circunstancias en que este se produjo.*

*Como es sabido solo existen daños antijurídicos cuando la víctima no tiene el deber de soportar el daño, deber que surge, por todas, S. de 12 de junio de 2.001, de la concurrencia de un título que lo imponga, contrato previo, cumplimiento de obligación legal o reglamentaria, por cuanto la asunción voluntaria o por mandato legal del riesgo del servicio público, aceptado y*

*consentido por persona encargada de la prestación de ese servicio, rompe la relación de causalidad cuando, como en el caso de autos, se toma de forma autónoma la decisión de actuar y el modo de hacerlo, de tal manera que el funcionario es quien toma la decisión de actuar y asume la dirección de la acción efectuada.*

*En el caso de autos no se ofrece duda alguna. El propio recurrente alega que las lesiones se produjeron en acto de servicio, por tanto en cumplimiento de una obligación legal de actuar como Policía Nacional, siéndole causadas las lesiones por el individuo a cuya detención procedía; por tanto, en principio, estamos ante un supuesto claro de falta de antijuricidad del daño sufrido.*

*No cabe alegar en contrario el deber de la Administración de prestar a un funcionario la protección que requiera el ejercicio de su cargo, pues en modo alguno se ha acreditado que el hoy recurrente no dispusiese de tal protección, tanto en medios materiales como humanos, ya que el servicio se venía prestando en pareja, actuando el recurrente junto con el funcionario CP N° NUM000 y sin que en ningún momento se alegue por el recurrente falta de medios materiales para llevar a cabo el servicio».*

Dicho lo cual, el recurrente venía sosteniendo que dicho deber de soportar el daño, derivado del cumplimiento de una obligación legal voluntariamente asumida (y que, como se expuso, conllevaba también la asunción de los riesgos inherentes a la prestación del servicio público) se encontraría excluido, de acuerdo con la letra del artículo 180 del Real Decreto 20138/1975, en los supuestos de lesiones sufridas con ocasión del servicio, sin que mediase en el funcionario actuante (y víctima), dolo, negligencia o impericia. Tal argumentación fue rechazada de plano por la sala, al entender que la previsión contenida en el artículo 180 debía entenderse circunscrita a los efectos de la jubilación por incapacidad física:

*«[...] El recurrente parece sostener su pretensión en que, en su opinión, el artículo 180 del Decreto 2038/75 establece la obligación de la Administración de indemnizar a los miembros de las Fuerzas de Seguridad por las lesiones sufridas en acto de servicio cuando no concurre dolo, negligencia o impericia por parte del funcionario, lo cual elimina el deber jurídico de soportar el daño que resulta de la doctrina general antes expuesta, ya que existiría una norma reglamentaria que eximiría de tal deber al establecer el carácter indemnizable de las lesiones sufridas en la circunstancia antes dicha.*

*El argumento del recurrente no puede ser aceptado, ya que, al contrario de lo que acontece en el supuesto del artículo 179 del Decreto 2038/75 en relación con los daños materiales, el artículo 180 del citado Decreto que se invoca como infringido dispone que la instrucción de expediente para acreditar los hechos originarios, las lesiones sufridas, la incapacidad derivada y el importe de los gastos de curación, lo será a los efectos del artículo 165 y a los demás que procedan, refiriéndose el artículo 165 a*

*los supuestos de jubilación, y entre ellos al de jubilación por incapacidad física.*

*En consecuencia, la indemnización por lesiones sufridas en acto de servicio bajo el título de responsabilidad patrimonial se rige por las normas generales en la materia y por tanto es aplicable la doctrina inicialmente establecida sobre el deber jurídico de soportar el daño, con independencia de cualquier otra indemnización que pudiera corresponder al recurrente por cualquier otro título [...]».*

En esta misma línea se pronuncia la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional en su precitada Sentencia de 22 de abril de 2009, si bien abundando en el análisis de los efectos que pudiese desplegar la normalidad o deficiencia en la prestación del servicio:

*«[...] esta Sección, en ocasiones anteriores (entre otras, Sentencias de 28 de noviembre de 2007 —recurso número 525/2006— y de 11 de junio —recurso número 196/2007— y de 10 de diciembre —recurso número 165/2008— de 2008, así como en la más reciente de 18 de febrero de 2009 —recurso número 306/2008—), ha recordado cómo la reiterada jurisprudencia acerca de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas se ha precisado por el Tribunal Supremo para los casos en los que el ciudadano se integra libremente en un servicio público, como ocurre con el personal de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad o de las Fuerzas Armadas. Así, en distintas sentencias, como en las de 1 de febrero de 2003 y de 6 de julio de 2005, el Alto Tribunal ha proclamado que la clave «está en la normalidad o deficiencia en la prestación del servicio y, en su caso, si ésta última es o no imputable al funcionario o servidor público».*

En este sentido, el mismo Tribunal Supremo distingue según que se haya producido un funcionamiento normal o anormal. En el primer supuesto, *«el servidor público ha asumido voluntariamente un riesgo que, de acuerdo con la ley, tiene el deber jurídico de soportar, por lo que el daño no sería antijurídico y la Administración no vendría obligada a indemnizarle por el concepto de responsabilidad patrimonial, sino con las prestaciones previstas expresamente en el ordenamiento jurídico aplicable a su relación estatutaria»* (en análogo sentido a las citadas, sentencia del mismo Tribunal Supremo de 10 de abril de 2000).

*Por el contrario, en el caso «de funcionamiento anormal del servicio público, se debe discernir si la deficiencia o anormalidad es consecuencia exclusivamente de la propia actuación del servidor o funcionario público, en cuyo caso su misma conducta sería la única causante del daño o perjuicio sufrido, con lo que faltaría el requisito del nexo causal», o si dicha deficiencia o anormalidad «obedece a otros agentes, con o sin la concurrencia de la conducta del propio perjudicado», de manera que, solo cuando «ninguna participación hubiese tenido el funcionario o servidor público perjudicado en el resultado producido, debe ser cabalmente resarcido e*

*indemnizado por la Administración Pública de todos los daños y perjuicios que se le hubiesen irrogado hasta alcanzar su plena indemnidad», pues si «hubiese cooperado en el funcionamiento anormal del servicio, la indemnización en su favor habrá de moderarse en atención a su grado de participación».*

Esta línea ha sido definitivamente consolidada en la reciente Sentencia de la Sala III de fecha 8 de julio de 2020, en la que, si bien en relación con una solicitud concreta de un mozo de escuadra, se analizan, por su interés casacional, diversas cuestiones de importancia capital al objeto del presente trabajo, siendo la primera:

*«[...] determinar si la indemnización a los mozos de escuadra por lesiones sufridas en acto de servicio que, en este caso concreto, siguieron una vía penal es un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración, como sostiene la Generalidad de Cataluña en su recurso de casación, o se debe subsumir en un principio general de resarcimiento o indemnidad del funcionario, a encuadrar en la materia de función pública, como se desprende de la sentencia recurrida».*

Esto es, determinar definitivamente a través de qué mecanismo de reparación deben encauzarse las solicitudes de indemnización por las lesiones sufridas en acto de servicio.

Pues bien, la Sala III se muestra clara en su conclusión:

*«Resolvemos esta cuestión en el sentido de que se trata de una materia propia de la función pública como, en cierta forma, se apuntaba ya en la sentencia de 2 de febrero de 2010 (Casación para unificación de doctrina 192/2009), pese a que el fallo fuera de inadmisión en aquel caso, por no ser admisible a la casación al no tratarse de un supuesto que afectase al nacimiento o a la extinción de la relación de servicio de funcionarios de carrera.*

*Es un principio casi centenario en nuestro ordenamiento jurídico el de que los perjuicios sufridos por guardias civiles o por agentes de policía que sufren lesiones o daños en acto de servicio como consecuencia de acciones ilícitas de las personas sobre las que ejercen, sin culpa o negligencia propia, las funciones que son propias de su cargo deben ser resarcidos por la Administración, mediante el principio del resarcimiento o de indemnidad, que rige para los empleados públicos cuando actúan en el ejercicio de su cargo.*

*Esos daños no se configuran como lesiones, en el sentido técnico-jurídico propio de la responsabilidad extracontractual de la Administración. En contra de lo que sostiene la Administración recurrente, tales perjuicios no son imputables a una administración pública porque la causa de la lesión o daño que sufre el agente no ha sido una actuación normal o anormal de un servicio público imputable a la actuación administrativa, ni ha sido esta la que produce una lesión resarcible que el perjudicado no tenga la obligación de soportar».*

## 4. EL RESARCIMIENTO DE LOS DAÑOS PERSONALES: EL PRINCIPIO DE INDEMNIDAD

### 4.1. Fundamentos legales: doctrina del Consejo de Estado

Sin perjuicio de la tesis anteriormente expuesta, el que las solicitudes formuladas por miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado por los daños sufridos con ocasión del servicio no fuesen indemnizables por el instituto de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, no implicaba en modo alguno excluir de plano el resarcimiento de los mismos.

Así, en el precitado dictamen 522/91<sup>7</sup>, tras destacarse la improcedencia de la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado, se añadía a renglón seguido por el Consejo de Estado su discrepancia con el parecer de la instrucción, «*en cuanto excluyen que los daños corporales causados deban ser indemnizados por la Administración del Estado*»; con sede en el principio de indemnidad que rige en materia de funcionarios públicos, y que comporta:

*«[...] que quien sufra por causa de su actuación pública, o con ocasión de ella, un daño, y sin mediar dolo o negligencia por su parte, debe ser resarcido por causa que se localiza en la propia concepción y efectos de lo que es el ejercicio de una función pública. Muestra de este principio, con vocación generalizadora que excluye interpretaciones contrarias a la virtualidad de un principio general, es el que se encuentra en los artículos 179 y 180 del Reglamento Orgánico de la Policía Gubernativa, en su versión del Decreto 2038/1975.*

*[...] Considera, por lo expuesto, el Consejo de Estado que no debe soportar el reclamante las consecuencias de su actuación, según lo justifica el principio de indemnidad antes invocado, y que esta indemnidad debe ser cubierta por la Administración del Estado, a la que, sobre todo, corresponde la responsabilidad de la seguridad pública. La extensión de la regla de los artículos 179 y 180 antes citados, adaptada al caso, entendidos desde el indicado principio de indemnidad y vista la cuestión desde la perspectiva funcional, así lo justifican».*

Obsérvese que esta doctrina en torno al principio de indemnidad resultaría plenamente trasladable, en todos sus extremos, a los integrantes de la Guardia Civil, en cuanto integrantes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en el desempeño de las funciones y cometidos que le son atribuidas en los artículos 11 y 12 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Así lo admite el Consejo de Estado cuando en su Dictamen 604/1994, al analizar los artículos 179 y 180 del Decreto 2038/1975, señalaba en torno a estos que: «*El artículo 180 del Reglamento Orgánico de la Policía Gubernativa, junto con el artículo 179 del propio Reglamento, establecen*

---

<sup>7</sup> Emitido con ocasión de una reclamación de indemnización formulada por un policía local a resultas de los daños sufridos con ocasión de la detención de un delincuente *in fraganti*.



*un régimen resarcitorio que trata de proteger y compensar procurando la indemnidad de quienes, siendo funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía (y, por razones analógicas, la Guardia Civil), sufran determinados daños en su patrimonio o en su persona, que no encuentren amparo en las disposiciones que regulan su estatuto funcional y régimen de clases pasivas».*

A la vista del tenor literal de ambos preceptos, es llano que el artículo 179 se refiere a la reparación de los daños materiales y el artículo 180 a la de los daños personales que sufre algún funcionario del Cuerpo Nacional de Policía en acto o con ocasión de servicio, sin mediar dolo, negligencia o impericia.

El Consejo de Estado, en su Dictamen 185/88, afirmaba, en relación con estos preceptos, que *«el Reglamento prevé un régimen indemnizatorio especial para los miembros del Cuerpo Nacional de Policía, de cuyo sistema se deduce que lo preside un claro principio de universalidad en la descripción del daño resarcible, siempre que este haya tenido lugar en acto u ocasión del servicio, así como un principio de indemnidad respecto al alcance de la indemnización que otorga»*. Y tanto es así que ni uno ni otro de los preceptos citados (artículos 179 y 180) limitan su eficacia al daño producido por la propia Administración, sino que también cubren —en una correcta hermenéutica de tales normas— los perjuicios derivados de hecho o acto ajeno, incluido el del propio funcionario si este no incurrió en dolo, negligencia o impericia por su parte.

Y, finalizando con los fundamentos legales del principio de indemnidad, también se refería el Consejo de Estado al artículo 63.1 del texto articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado al establecer que *«el Estado dispensará a sus funcionarios la protección que requiera el ejercicio de sus cargos...»*; posteriormente se invocará también, en el Dictamen 195/93, al artículo 23.4 de la Ley 30/84, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, con arreglo al cual *«los funcionarios percibirán las indemnizaciones correspondientes por razón del servicio»*; precepto, este último, que como señalamos previamente se encuentra recogido literalmente en el artículo 28 del vigente Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. Precepto que sin duda contiene, en criterio del Consejo de Estado, un principio *«directamente aplicable [...] sin necesidad de intermediación reglamentaria»* y *«que prescribe que del desempeño de sus funciones no puede derivarse para el empleado público ningún perjuicio patrimonial»*.

#### **4.2. Consolidación jurisprudencial: las modernas orientaciones de los tribunales en torno a la vigencia y alcance del principio de indemnidad**

La doctrina del Consejo de Estado en torno a la indemnidad del funcionario público será colacionada en dos recientes sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Asturias y Extremadura, que reconocerán el derecho de los solicitantes —funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía— con sede en el meritado principio general, a ser resarcidos por la Administración en los daños

corporales sufridos con ocasión del servicio, ante la insolvencia declarada del condenado a su abono.

Así, la Sentencia 845/2018, dictada el 29 de octubre de 2018 por la Sección 1.<sup>a</sup> de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Asturias<sup>8</sup>, reconocía que la solicitud no resultaba atendible desde la perspectiva de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, puesto que *«los funcionarios se encuentran ligados a la Administración por una relación de servicios, calificada de estatutaria, esto es, definida legal y reglamentariamente, y la reparación de los daños y perjuicios que surjan en el marco de esa relación de servicios debe producirse primariamente por aplicación del ordenamiento que regula o disciplina esa relación»*.

Dicho lo cual se procedía, seguidamente, a analizar la solicitud al amparo de los artículos 179 y 180 del Decreto 2038/ 1975, los cuales no solo *«no impiden que en caso de insolvencia del condenado, la Administración reembolse tales gastos producidos en acto de servicio como compensación al perjuicio sufrido»*, sino que, es más, permiten afirmar *«la obligación de la Administración de resarcir económicamente al funcionario que se produzca lesiones en acto o con ocasión del servicio, siempre que no mediere por su parte dolo, negligencia o impericia»*, todo ello al amparo de la expuesta doctrina de la indemnidad del funcionario público —de cuya evolución se hace minucioso eco la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Asturias—.

Considera, en concreto, el Tribunal Superior de Justicia de Asturias que los daños cuya reparación prevé el artículo 180 del Reglamento de Policía Gubernativa comprendían no solo —como sostenía la defensa de la Administración— los previstos en el artículo 165 del propio cuerpo legal, esto es, los referido a la jubilación y demás que se expresan en el precepto, sino también los *«demás que procedan»*, *«arcaica expresión del legislador en la que, como concepto jurídico indeterminado que es, cabe incluir, los demás daños corporales, secuelas incluídas, y morales que le fueron ocasionados al actor como consecuencia de su actuación profesional que, no lo olvidemos, fue en acto de servicio y al objeto del correcto desempeño de su función al ir a detener al sujeto responsable de un delito»*.

Y finalizaba su argumentación el Tribunal Superior de Justicia de Asturias concluyendo que *«la indemnización dispuesta en dicha sentencia, y su abono, resarciría al hoy recurrente de unos perjuicios de los que, de no estimarse el presente recurso, el mismo no quedaría indemne, y que cabría concretar, entre otros, en el perjuicio moral, que como sabemos también es indemnizable, en el esfuerzo y el sacrificio que el mismo hubo de efectuar para retornar a su situación de aptitud y*

---

<sup>8</sup> Se impugnaba por el recurrente, Policía del Cuerpo Nacional de Policía, resolución del jefe de la División de Personal, dictada por delegación del director general de la Policía, que inadmitía a trámite la solicitud indemnizatoria ejercitada por el mencionado funcionario para que la Administración asumiese el pago de la indemnización que le fue fijada en sentencia judicial por las lesiones y secuelas que le fueron inferidas en el transcurso de una intervención policial, a cuyo pago fue condenado un tercero declarado insolvente.

*capacidad para el servicio, en el sufrimiento, físico y moral, que el periodo de baja indudablemente le produjo».*

Y esta misma doctrina será reproducida en términos sustancialmente idénticos en la Sentencia 12/2019, dictada el 17 de enero de 2019, por la Sección 1.<sup>a</sup> de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, en la que se concluía que:

*«No basta, pues, entendemos, que al demandante se le abonaran las retribuciones íntegras correspondientes al desempeño de su puesto de trabajo durante el tiempo en el que permaneció de baja, ni que sus gastos de curación fueran sufragados por las correspondientes entidades médicas. Y ello porque, si así fuera, no se cumpliría el principio de la reparación íntegra del daño, que debe imperar en el ámbito de la responsabilidad civil. Dicha responsabilidad, según el art. 110 del Código Penal, comprende la restitución, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios materiales y morales. Pues bien, de acuerdo con dicho precepto, se cuantificó como importe que debía satisfacer el condenado al Policía actor la suma de 2000 euros (y ello aunque, obviamente, el funcionario hubiera percibido las retribuciones correspondientes a su puesto y le hubieran sido satisfechos los gastos de su curación). Dicha cuantía trataba de restablecer al funcionario de manera equitativa de los perjuicios que había sufrido, perjuicios que ya hemos concretado anteriormente y que no son difíciles de imaginar en el supuesto de sufrir una agresión. Así pues, lo que no puede obviarse en el presente supuesto es que al hoy recurrente le unía una relación de servicios con la Administración demandada, y en el desempeño de la misma se causó unas lesiones que no tiene el deber jurídico de soportar. No se trata, por consiguiente, de una suerte de responsabilidad subsidiaria del Estado, que no ha participado en el procedimiento penal correspondiente. De lo que se trata, por el contrario, es de que el mismo garantice, de acuerdo con los preceptos que resultan de aplicación (arts. 179 y 180 del Reglamento Orgánico de Policía Gubernativa), todo tipo de daño material y personal que sufran los policías en acto o con ocasión del servicio, cuando no exista dolo, negligencia o impericia del funcionario. Y dicha garantía solo se puede cumplir si se respeta el principio de indemnidad antes aludido, lo que implica que en el presente caso el Estado asuma el pago del importe de la indemnización que se estableció a favor de su funcionario por un hecho cometido por un tercero que ha resultado insolvente. No olvidemos que por imperativo legal le corresponde al Estado dispensar a sus funcionarios “la protección que requiera el ejercicio de sus cargos”, y que esta protección solo será correctamente dispensada si la Administración demandada asume la carga de indemnizar al recurrente por las lesiones y secuelas sufridas. Procede, en consecuencia, la estimación de la demanda...».*

Pues bien, esta corriente jurisprudencial se verá definitivamente respaldada por la reciente Sentencia 956/2020, dictada el 8 de julio de 2020 por la Sección 4.<sup>a</sup> de la Sala III del Tribunal Supremo, la cual, si bien se concretaba en una reclamación efectuada por un mozo de escuadra, tiene —al margen de las consi-

deraciones singularizadas en torno a la normativa autonómica en cuestión— un alcance general en cuanto a sus inequívocas conclusiones en torno a la vigencia y eficacia directa del principio de indemnidad del funcionario público; así, con independencia de que el Decreto 2038/1975 se encontrase derogado, recuerda la Sala III que *«el principio de resarcimiento que se ha enunciado también está presente y no es totalmente ajeno, como se defiende, al fundamento dogmático de las indemnizaciones por razón del servicio de los artículos 14 d) y 28 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.*

*Todo ello sin olvidar que, en última instancia, el principio general de resarcimiento o indemnidad es un principio inherente al sentido instrumental de toda Administración. En la medida en que quienes la sirven no actúan en interés propio sino en el público —en el de todos— si sufren daño o perjuicio en el servicio, sin mediar culpa o negligencia, se les debe resarcir directamente por la propia Administración en cuyo nombre actúan. Por eso, venga o no expresado en preceptos concretos, hay que recordar que el artículo 1729 del Código Civil establece la obligación de que el mandante indemnice al mandatario todos los daños y perjuicios que le haya causado el cumplimiento del mandato sin culpa ni imprudencia del mismo mandatario».*

En definitiva, confirma la Sala III la plena virtualidad directa del principio, concluyendo que *«las lesiones y perjuicios sufridos por los agentes de policía como consecuencia de acciones ilícitas de las personas sobre las que ejercen, sin culpa o negligencia por su parte, las funciones que son propias de su cargo deben ser resarcidos por la Administración, mediante el principio del resarcimiento o de indemnidad, principio general que rige para los empleados públicos».*

## **5. IMPLEMENTACIÓN DEL PRINCIPIO DE INDEMNIDAD EN LA GUARDIA CIVIL**

### **5.1. El detonante: la sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de julio de 2019 (SAN 3143/2019)**

Con fecha 10 de julio de 2019, la Sección 5.<sup>a</sup> de la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional estimó el recurso contencioso administrativo interpuesto por un guardia civil contra la resolución del Secretario General Técnico del Ministerio del Interior, en la que se desestimaba la pretensión indemnizatoria formulada por el recurrente, por importe de 34 585 euros, en concepto de indemnización pendiente de pago, con motivo de las lesiones sufridas con ocasión del servicio, consignada en sentencia del Juzgado de lo Penal número 13 de Madrid.

El recurrente había sido lesionado por quien resultó condenado por un delito de atentado, y que también lo fue a indemnizarle en la cantidad de 35 400 euros por las lesiones sufridas, de las que abonó en ejecución de sentencia 815 euros, declarándosele después insolvente, reclamando el guardia

civil a la Administración el abono de los restantes 34 585 euros que restaban por satisfacer. Pues bien, precisamente el guardia civil fundaba su petición en el principio de indemnidad del funcionario por los daños sufridos con ocasión del servicio, invocando al efecto la doctrina legal configuradora del mismo: *«El artículo 23.4 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública; los artículos 14 y 28 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público; la disposición adicional sexta del Real Decreto 462/2002, y otros, con especial énfasis en los artículos 179 y 180 del Decreto 2028/1974, de 17 de julio, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de Policía Gubernativa y sentencias que cita y extracta de diversos órganos judiciales que los interpretan y aplican, a su juicio, en sentido favorable a sus intereses»*.

A la vista de que el Real Decreto 485/1980, de 22 de febrero, restringía su aplicación exclusivamente a los daños materiales —y debiendo tenerse presente que la solicitud había sido cursada con anterioridad a los pronunciamientos claves previamente expuestos de los Tribunales Superiores de Justicia—, se instruyó un expediente de responsabilidad patrimonial que cristalizó en una resolución de previsible —e insoslayable— contenido desestimatorio.

Pues bien, el contenido estimatorio de la Sentencia de la Audiencia Nacional no respondía a una defectuosa labor por parte de la Administración en la operación de subsunción jurídica del supuesto de hecho concreto en el marco legal y jurisprudencial del instituto de la responsabilidad patrimonial; la sala era, obviamente, consciente de la no concurrencia de los requisitos precisos para apreciar en la Administración una responsabilidad de tal orden. El criterio se encontraba en la falta total de congruencia entre los términos del *petitum* de la solicitud de resarcimiento del recurrente y los específicos barajados por la Administración en la resolución sancionadora.

Así, destacaba la sala que:

*«Una simple lectura de la resolución recurrida permite afirmar, sin ningún atisbo de duda, que se resuelve la solicitud de indemnización formulada por el recurrente, en todo su contenido y extensión, desde la óptica de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Así, se comienza exponiendo el marco normativo aplicable en dicha materia y la exégesis jurisprudencial sobre la misma, y tras analizar que la reclamación se presentó en el plazo previsto legalmente, se aborda si concurren o no en este caso los requisitos básicos de la existencia de la lesión antijurídica e imputación a la Administración de los actos necesariamente productores de la misma, la existencia o no de relación de causalidad y de un posible funcionamiento anormal, desde la óptica de las exigencias en el ámbito de la responsabilidad patrimonial.*

*Lo que el recurrente está poniendo de manifiesto en su demanda, atendido no solo el contenido del cuerpo de dicho escrito, sino también la pretensión articulada con carácter principal, aunque no lo refiera de forma expresa, es la incongruencia de la resolución impugnada [...].*

*Lo que aplicado al caso de autos conlleva afirmar que la resolución recurrida no cumplió el referido deber de congruencia, pues los términos en los que el interesado formuló su solicitud en vía administrativa no estaban basados en el principio de responsabilidad patrimonial de la Administración, sino que se esgrimía como título jurídico otro distinto, el de plena indemnidad de los funcionarios públicos que resultan dañados, en sus bienes o personas, en el ejercicio de sus funciones, con base en los preceptos citados en la demanda».*

En consecuencia, la sala estimaba el recurso contencioso interpuesto por el guardia civil, y, lo que es más importante a los efectos que nos ocupa, acordaba la retroacción de las actuaciones a fin de que la Administración, tras la tramitación pertinente, dictase la resolución que procediese conforme a derecho, pero, en todo caso, *«congruente con los términos en que fue planteado el debate en vía administrativa».*

Adviértase que el pronunciamiento de la Audiencia Nacional tiene una relevancia que trasciende más allá de una cuestión puramente coyuntural, como es el de la congruencia de la resolución recurrida; lo realmente importante es que el fallo de la Audiencia, sin entrar a prejuzgar el contenido material de la eventual resolución que se dicte —esto es, la decisión en torno a si el guardia civil tiene derecho o no a ser resarcido—, obligaba a la Administración a introducir, y en consecuencia valorar en el consecuente *«debate en vía administrativa»*, el principio de indemnidad del funcionario público, sin soslayar los fundamentos legales invocados por el solicitante.

## **5.2. La aplicación de la vía del resarcimiento**

A resultas del anterior pronunciamiento judicial, se interesó de la Asesoría Jurídica de la Dirección General de la Guardia Civil parecer en torno al procedimiento que debía seguirse al objeto de tramitar la solicitud del interesado, y aquellas otras del mismo tenor, en las que se interesase el reconocimiento del derecho a ser indemnizado por lesiones personales causadas al agente en acto de servicio cuando el condenado al pago resultase insolvente.

Pues bien, la Asesoría Jurídica de la Dirección General de la Guardia Civil, haciéndose eco de la más reciente doctrina legal y jurisprudencial de los tribunales superiores de justicia, consideró de ineludible aplicación a los miembros de la Guardia Civil el principio de indemnidad del funcionario en relación con todo tipo de daño, tanto material como personal, que sufra en acto de servicio o con ocasión del mismo, de forma que de la prestación del servicio no se derive para el agente mismo ningún perjuicio; y ello, aun cuando el daño a resarcir sea causado por un tercero, siempre que no exista dolo, negligencia o impericia grave por parte del agente.

Así mismo, se afirmaba que, si bien es cierto que el vigente Real Decreto 485/1980 únicamente contemplaba el resarcimiento a los miembros del Cuerpo por los daños materiales que sufriesen en los bienes de su propiedad, no debía

olvidarse que el principio de indemnidad del funcionario encontraba su fundamento en el artículo 23.4 de la Ley 30/1984, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, hoy artículo 28 del Estatuto Básico del Empleado Público, texto refundido aprobado por el vigente Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, el cual, como venían declarando de manera reiterada el Consejo de Estado y los tribunales, resulta de aplicación directa sin necesidad de intermediación reglamentaria; por lo que la limitación que el mencionado Real Decreto 485/1980 contenía respecto a la naturaleza de los daños sufridos por los miembros de la Guardia Civil en acto de servicio o con ocasión del mismo que resultan susceptibles de resarcimiento, no es óbice para que los daños de carácter personal sufridos en las mismas circunstancias (en acto o con ocasión del servicio, y sin mediar dolo, negligencia o impericia grave por su parte) sean igualmente resarcidos a cargo del Estado aun cuando sean causados por un tercero ajeno a la Administración, ello con fundamento en el referido principio legal de indemnidad del funcionario.

Interpretación que, como ya se apuntó, se vería respaldada en lo esencial por la Sentencia 956/2020 de la Sala III del Tribunal Supremo, en la que se sostenía la vigencia de dicho principio, aludiendo expresamente a lo largo de sus argumentos jurídicos a la Guardia Civil. Así, el fundamento de derecho segundo formula el principio en los siguientes términos: *«Es un principio casi centenario en nuestro ordenamiento jurídico el de que los perjuicios sufridos por guardias civiles o por agentes de policía que sufren lesiones o daños en acto de servicio como consecuencia de acciones ilícitas de las personas sobre las que ejercen, sin culpa o negligencia propia, las funciones que son propias de su cargo deben ser resarcidos por la Administración, mediante el principio del resarcimiento o de indemnidad, que rige para los empleados públicos cuando actúan en el ejercicio de su cargo»*. Añadiendo el fundamento sexto que *«el derecho de los funcionarios o de sus herederos al resarcimiento por las lesiones y perjuicios sufridos en acto de servicio se encontraba ya en el Real Decreto de 6 de septiembre de 1882 y se regula hoy para los guardias civiles en el Real Decreto 485/1980, de 22 de febrero»*. Finalmente, a la hora de fijar la doctrina que justificaba el interés casacional, alude la sala al alcance general del principio a los funcionarios públicos que desempeñen funciones de naturaleza policial, sin precisar, ni exigir la pertenencia a un determinado cuerpo policial: *«Las lesiones y perjuicios sufridos por los agentes de policía como consecuencia de acciones ilícitas de las personas sobre las que ejercen, sin culpa o negligencia por su parte, las funciones que son propias de su cargo deben ser resarcidos por la Administración, mediante el principio del resarcimiento o de indemnidad, principio general que rige para los empleados públicos»*.

Finalmente, la solución impulsada para tramitar las solicitudes de resarcimiento que nos ocupan —a través del indicado Real Decreto 485/1980— resulta igualmente coherente con la interpretación barajada por la Sala III en relación con las eventuales lagunas legales, afirmando en su fundamento de derecho cuarto que *«las normas que han previsto en forma expresa este principio se han producido, como es lógico, en relación con los agentes públicos*

*de cualquier clase que ejercen en forma legítima la fuerza coactiva del Estado de Derecho. Es claro, por las razones que vamos a expresar, que en caso de ausencia de una regulación legal expresa debe entrar en vigor la aplicabilidad supletoria de las normas que lo admiten en otros casos en los que existe identidad de razón».*

### **5.3. El procedimiento articulado para el resarcimiento en el Real Decreto 485/1980**

Una vez justificado el marco jurídico en el que tramitar y ventilar las solicitudes de resarcimiento que nos ocupan, corresponde aproximarse —si bien, muy someramente— a algunos de los más característicos hitos del procedimiento de resarcimiento regulado en el capítulo II del Real Decreto 485/1980, de 22 de febrero, por el que se regula el procedimiento a seguir en los expedientes para la declaración de responsabilidad administrativa y resarcimiento por daños a los bienes de los miembros del Instituto de la Guardia Civil, así como en el apartado segundo de la Orden General núm. 4, de 18 de febrero de 1998 (modificada por la Orden General núm. 10, de 25 de mayo de 2001).

#### *5.3.A. Vigencia del procedimiento*

Tras la entrada en vigor de las leyes 39 y 40/2015, ambas de 1 de octubre, se planteó a la Asesoría Jurídica de la Dirección General de la Guardia Civil la lógica cuestión en torno a la vigencia de la regulación relativa al procedimiento de resarcimiento<sup>9</sup>.

Pues bien, sin ánimo de ser exclusivo, dado que la cuestión bien pudiera merecer un trabajo autónomo, la conclusión se mostraba tajante en torno a la incuestionable vigencia de la normativa del resarcimiento, en función del principio de especialidad. Téngase a tal efecto presente el artículo 7 del Real Decreto 485/1980, que, al delimitar el objeto del procedimiento de resarcimiento, decía: *«El derecho a resarcimiento solo será reconocido a instancia del interesado o de sus herederos, en caso de fallecimiento, tras la instrucción de un expediente administrativo especial».*

En definitiva, pues, el procedimiento contemplado en el Real Decreto 485/1980, y las instrucciones contenidas en la Orden General 4/1998, modificada por la Orden General 10/2001, han de entenderse plenamente vigentes y no afectadas por la entrada en vigor de las Leyes 39/2015 y 40/2015, en tanto se

---

<sup>9</sup> La Ley 40/2015 establece, en su disposición derogatoria única, que *«quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan, contradigan o resulten incompatibles con lo dispuesto en la presente Ley»*, sin que entre las específicas disposiciones que cita de forma expresa dicha derogatoria se encuentre incluido el Real Decreto 485/1980. Por su parte, la disposición derogatoria única de la Ley 39/2015 se pronuncia en similares términos al indicar que *«quedan derogadas todas las normas de igual o inferior rango en lo que contradigan o se opongan a lo dispuesto en la presente Ley»*, sin que tampoco en este caso el real decreto citado se vea incluido entre las disposiciones expresamente derogadas.



refieren a materias específicas concernientes al estatuto profesional de los componentes de la Guardia Civil, no reguladas en estas últimas leyes. Lo cual no es óbice para que las mismas puedan ser empleadas supletoriamente en todo lo no previsto en la normativa específica en torno al resarcimiento<sup>10</sup>.

### 5.3.B. Incoación del procedimiento

La competencia para acordar la incoación del expediente administrativo «especial» de resarcimiento corresponde al director general de la Guardia Civil, y, por delegación de este, a los jefes de las Zonas de la Guardia Civil, al jefe de Enseñanza y, caso de que el interesado no dependiese de ninguno de los dos anteriores, al subdirector general de Personal (apartado Segundo.Dos.3 de la Orden General 4/1998).

Este procedimiento se iniciará siempre a instancia del interesado<sup>11</sup>, en la que deberá especificar *«el daño sufrido, la relación de causalidad entre este y el servicio o por la pertenencia al Instituto del interesado, la evaluación económica del daño, si fuere posible, y el momento en que el mismo se produjo, pudiendo acompañar cuantas alegaciones, documentos e informaciones estimen oportunas»* (apartado Segundo.Dos.1 de la Orden General 4/1998); la instancia del interesado será informada por todos los escalones de mando por los que discurra.

En particular, resultaría preciso que el interesado aporte junto a su solicitud, cuando menos, testimonio de la sentencia judicial que fije la indemnización a su favor, así como de los decretos judiciales de insolvencia del condenado a su satisfacción<sup>12</sup>.

El mando competente acordará la incoación del procedimiento de resarcimiento que será notificada al interesado; también le será notificada la designación del instructor, un oficial de empleo superior al del interesado, que deberá designar a un secretario que le auxilie en la instrucción. Será de aplicación al instructor y secretario nombrados el régimen de abstención y recusación prevenido en la Ley 40/2015.

### 5.3.C. Plazo para el ejercicio de la acción resarcitoria

El Real Decreto 485/1980 dispone con meridiana claridad, en su artículo 23, que *«el derecho a reclamar el resarcimiento de los daños por el interesado caducará, en todo caso, al año de producirse el hecho que motivo la indemnización»*.

---

<sup>10</sup> A tal efecto, tanto el real decreto como la orden general se remiten en diversas ocasiones a la normativa de procedimiento administrativo común entonces vigente.

<sup>11</sup> O, en caso de fallecimiento de este, a sus herederos.

<sup>12</sup> De no adjuntarse tal documentación, resultaría pertinente implementar el trámite de subsanación y mejora de solicitud previsto en el artículo 68 de la Ley 39/2015.

Pues bien, a este respecto, dado que la obligación de abonar la indemnización fijada en la sentencia judicial condenatoria es exigible para la Administración —en base al reiterado principio de indemnidad del funcionario público— ante la insolvencia judicialmente declarada del tercero condenado a su indemnización, es evidente que el *dies a quo* para el cómputo de dicho plazo de un año deberá ser ubicado en la fecha de notificación al interesado del decreto judicial de insolvencia del condenado.

#### 5.3.D. Tramitación del expediente

Una vez notificada al interesado la orden de incoación del expediente, así como el nombramiento del instructor y secretario, procederá el instructor a practicar las diligencias probatorias propuestas por el interesado que haya estimado como pertinentes (mediante acuerdo motivado al efecto), así como cuales quiera otras que estime necesarias para verificar el derecho al resarcimiento; esto es, la relación de causalidad con el servicio, la ausencia de dolo, negligencia o impericia en el agente, y la cuantificación del daño.

A priori, tal verificación se antoja sencilla, siempre y cuando el interesado haya aportado la documentación judicial precisa previamente apuntada; así, tanto la relación de causalidad con el servicio, como la ausencia de dolo o culpa por el solicitante en su causación, resultarían evidenciadas del relato de hechos probados consignados en la sentencia; al propio tiempo, la cuantía del daño se hallaría recogida en el fallo condenatorio.

En torno a la cuantificación del daño, recuérdese que el Consejo de Estado, en sus dictámenes 1040/2005, de 17 de noviembre de 2005; 1764/2006, de 30 de noviembre de 2006; y 697/2008, de 12 de junio de 2008, señaló, en cuanto al importe de la indemnización: «*La cantidad de [...], cifra fijada por la Sentencia condenatoria como montante de la responsabilidad civil [...], aunque no vincula a la Administración Pública se considera como adecuada, al no disponerse de otro criterio de cuantificación diferente, y coincidir con la cantidad reclamada por la interesada*».

Una vez el instructor tuviese por concluido el expediente, y tras recabar el trámite de audiencia al interesado, lo elevará junto a su propuesta de resolución al director general de la Guardia Civil, que recabará informe de su Asesor Jurídico.

#### 5.3.E. Resolución

La competencia para resolver el expediente de resarcimiento corresponderá al director general de la Guardia Civil (o a los mandos previamente apuntados por delegación del director general), cuando el importe de «*la indemnización solicitada por el interesado no exceda del quintuplo de las retribuciones básicas mensuales de un guardia civil recién ingresado en el Cuerpo*» (artículo 21 del Real Decreto 485/1980).

En otro caso, tras emitir el informe correspondiente, el director general elevará el expediente para su resolución al ministro del Interior<sup>13</sup>.

### 5.3.F. Subrogación en la indemnización

Finalmente, debe advertirse que el Real Decreto 485/1980 previene, en su artículo 24, la subrogación del Estado, para el caso de que el condenado mejorase su fortuna: «Efectuado el resarcimiento de los daños, el Estado se subrogará en los derechos y acciones que pudieran corresponderle al perjudicado».

## 6. OPORTUNIDAD PARA UNA REGLAMENTACIÓN DIRECTA: EL MODELO PREVISTO PARA LA ERTZAINZA

La doctrina legal y jurisprudencial anteriormente expuesta pone de manifiesto la eficacia directa del principio de indemnidad de los funcionarios públicos por las lesiones sufridas con ocasión del servicio, con independencia de su «intermediación reglamentaria»; permitiendo, como quedó dicho, en una interpretación favorable a la virtualidad del principio, tramitar a través del instituto del resarcimiento las reclamaciones de indemnización formuladas por los guardias civiles por los daños corporales sufridos en el cumplimiento del servicio —siempre que no mediase por su parte dolo, negligencia o impericia, y hubiese sido declarada judicialmente la insolvencia del condenado a su satisfacción—. Y ello, pese a la estricta y restrictiva letra del Real Decreto 485/1980.

Interpretación que, por otro lado, es acorde con el valor integrador que respecto de los principios generales se reconoce en el título preliminar del Código Civil<sup>14</sup>. Así, el artículo 1 del Código Civil, tras reconocer y atribuir en su apartado 1.º el valor de fuente del ordenamiento jurídico a los principios generales del derecho, precisa su valor normativo, expresando que «*los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico*».

Ahora bien, en criterio de quien suscribe este trabajo de investigación, esa eficacia directa del principio no debería amparar, por exigencias básicas de los principios de seguridad jurídica e igualdad ante la ley, una injustificable demora en su traslación efectiva en dicha vía reglamentaria.

Y, a tal efecto, debe reconocerse el esfuerzo normativo emprendido en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco a través del decreto legislativo 1/2020, de 22 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Policía del País Vasco; en el que, al regular el Estatuto profesional de los miem-

---

<sup>13</sup> Cumple destacar que actualmente la competencia para resolver estos expedientes se encuentra delegada en el subsecretario de Interior, en virtud del apartado 1.30 de la Orden INT/985/2005, de 7 de abril, por la que se delegan determinadas atribuciones y se aprueban las delegaciones efectuadas por otras autoridades.

<sup>14</sup> Tras la reforma operada por el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo.

bros de la Ertzaintza, se afronta y solventa —dicho sea de paso, con admirable claridad— este problema en su artículo 117 —«Indemnizaciones por razón del servicio»—, previendo que:

*«1. Los funcionarios y funcionarias de los Cuerpos de la Policía del País Vasco percibirán las indemnizaciones correspondientes por razón del servicio.*

*2. Cuando en el desempeño de su servicio hubiera sido objeto de daños y perjuicios por los que se hubiera condenado judicialmente a una tercera persona y esta hubiera sido declarada insolvente, la Administración en la que preste servicio el funcionario o funcionaria policial le resarcirá en tal importe indemnizatorio, subrogándose en los derechos que asisten a la persona perjudicada por tal concepto.*

*3. Los funcionarios y funcionarias de la Policía del País Vasco que se encuentren en situaciones distintas del servicio activo, así como quienes hayan perdido la condición funcional por jubilación, que deban acudir a juicio como testigos o peritos por razón de hechos o investigaciones relacionadas con el tiempo en que estuvieron en servicio activo, tendrán derecho a las indemnizaciones por razón del servicio previstas para el funcionariado en activo. A los efectos de facilitar su asistencia a juicio deberán comunicar a la Administración su domicilio actual».*

## 7. CONCLUSIONES

Las administraciones públicas están obligadas a indemnizar a sus funcionarios por cualquier género de daño, tanto material como corporal, que les sean irrogados con ocasión del servicio, siempre y cuando no medie dolo, negligencia o impericia por parte del agente.

En consecuencia, las administraciones públicas deberán asumir el abono de aquellas indemnizaciones fijadas judicialmente por los daños irrogados al agente (con ocasión de la prestación del servicio público), cuando el tercero condenado a su pago sea declarado insolvente.

Esta obligación no tiene su título en la figura de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, sino en un principio general de la función pública, como es el de la indemnidad del servidor público.

Este principio de indemnidad comporta, en su recta concepción, que el servidor público que sufra por causa de su actuación pública, o con ocasión de ella, un daño, y sin mediar dolo o negligencia por su parte, debe ser resarcido por causa que se localiza en la propia concepción y efectos de lo que es el ejercicio de una función pública.

La virtualidad de dicho principio general de la función pública ha sido reconocida por la doctrina legal del Consejo de Estado, así como por la jurisprudencia de nuestros tribunales; en particular, la reciente Sentencia 956/2020, de

la Sala III del Tribunal Supremo, ha respaldado la vigencia de dicho principio general, con independencia de las peripecias normativas experimentadas por sus fundamentos legales clásicos. En particular, se destaca que el principio tiene como fuente directa en la actualidad el artículo 28 del vigente Estatuto Básico del Empleado Público, texto refundido aprobado por vigente Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, el cual, como venían declarando de manera reiterada el Consejo de Estado y los tribunales, resulta de aplicación directa sin necesidad de intermediación reglamentaria.

Y, lógicamente, como no podía ser de otra manera, el principio de indemnidad rige también respecto de los componentes de la Guardia Civil, sin que resulte admisible menoscabar su virtualidad por la evidente laguna normativa que atenaza la regulación de la acción resarcitoria en el ámbito del Benemérito Instituto contenida en el Real Decreto 485/1980, que circunscribía el derecho al resarcimiento respecto de los daños materiales que sufriesen los guardias civiles en los bienes de su propiedad.

La limitación que el mencionado Real Decreto 485/1980 contenía respecto a la naturaleza de los daños sufridos por los miembros de la Guardia Civil en acto de servicio o con ocasión del mismo que resultan susceptibles de resarcimiento, no es óbice para que los daños de carácter personal sufridos en las mismas circunstancias (en acto o con ocasión del servicio, y sin mediar dolo, negligencia o impericia grave por su parte), sean igualmente resarcidos a cargo del Estado, aun cuando sean causados por un tercero ajeno a la Administración.

Así las cosas, con sede en dicho principio, y con respaldo en la doctrina legal y jurisprudencial expuesta en el presente trabajo, se ha procedido a tramitar las solicitudes de resarcimiento que nos ocupan, a través de los cauces del procedimiento administrativo «especial» regulado en el Real Decreto 485/1980.



## 4. LEGITIMACIÓN DE LAS ASOCIACIONES PROFESIONALES DE LAS FUERZAS ARMADAS EN PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS ANTE LA ADMINISTRACIÓN MILITAR

*Abraham Martínez Alcañiz*  
*Comandante auditor*  
*Doctor en Derecho*

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. Naturaleza de las asociaciones profesionales de las Fuerzas Armadas. 2.1. Antecedentes. 2.2. Periodo de transición normativa. 2.3. Reconocimiento normativo. 3. Contenido esencial y adicional del derecho de asociación profesional en las Fuerzas Armadas. 3.1. Aproximación al concepto. 3.2. Contenido del derecho de asociación profesional en las Fuerzas Armadas. 3.2.1. Contenido esencial. 3.2.2. Contenido adicional. 4. Legitimación de las asociaciones profesionales para presentar solicitudes e interponer recursos administrativos. 4.1. Concepto de solicitud. 4.2. Asociaciones profesionales *versus* presentación de solicitudes. 4.2.1. ¿A qué nos referimos? 4.2.2. Diferencia con el derecho de petición. 4.3. La legitimación necesaria. 4.3.1. Aproximación al instituto de la legitimación. 4.3.2. La legitimación de las asociaciones profesionales. 4.4. Interposición de recursos administrativos. 4.5. El procedimiento para resolver la solicitud y los recursos. 4.5.1. El procedimiento administrativo. 4.5.2. El procedimiento ante la Administración militar. 4.5.3. El procedimiento para resolver el recurso administrativo. 5. Conclusiones.

**RESUMEN.** La aprobación de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, ha supuesto en el ámbito de las FAS el reconocimiento del derecho de asociación profesional, siendo el mismo una modalidad más del derecho fundamental de asociación previsto en el art. 22 de la Constitución española. Este reconocimiento legal nos obliga a determinar el contenido esencial del derecho en cuestión, así como su contenido adicional, el cual se caracteriza, entre otras cosas, porque se confiere el derecho a las asociaciones profesionales a dirigir solicitudes relacionadas con sus fines,

llevándose así al efecto un reconocimiento genérico de legitimación que la Administración militar no puede desconocer.

## 1. INTRODUCCIÓN

La interacción de las asociaciones profesionales de las Fuerzas Armadas (en adelante, «FAS») en el complejo aparato de la Administración militar, pudiendo formular propuestas y sugerencias ante el Consejo de Personal de las FAS en aquellas materias que guardan relación con el estatuto del militar profesional, con el ejercicio de sus derechos y libertades, con su régimen de personal y con las condiciones de vida y trabajo en las unidades, ha tenido lugar gracias a la aprobación de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas (en adelante, «LODDFAS»). Esta norma legal ha supuesto la culminación de uno de los anhelos de los militares profesionales, a saber, el derecho a asociarse para la defensa de sus intereses profesionales, derecho que antaño estaba vedado por mor de lo dispuesto en el art. 181 de la Ley 85/1978, de 28 de diciembre, de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, norma preconstitucional cuyo proceso de derogación no ha tenido lugar hasta comenzado el siglo XXI. Evidentemente, el reconocimiento del derecho fundamental de asociación profesional en las FAS ha ido acompañado de otros derechos a fin de dotarlo de contenido, encontrándose entre los mismos el derecho a dirigir solicitudes relacionadas con los fines de la asociación profesional. La presencia de las asociaciones profesionales de las FAS en el quehacer diario del militar profesional es una realidad, traducándose esto en una interacción constante entre estas personas jurídicas y la Administración militar, principalmente por medio de la presentación de solicitudes y la interposición de recursos administrativos en asuntos que guardan relación con los intereses profesionales de sus asociados.

Pues bien, la finalidad del presente estudio no es otra que determinar la legitimación de las asociaciones profesionales para presentar solicitudes ante la Administración militar e interponer recursos administrativos contra aquellos actos que perjudican los intereses colectivos de sus asociados, actuaciones que van a desencadenar toda una serie de consecuencias jurídicas en el devenir de la actividad administrativa de la Administración militar. Ello nos coloca en la tesitura de solucionar un interrogante que todo actor jurídico debe tomar en consideración antes de analizar y resolver una solicitud o recurso administrativo presentado por una asociación profesional. Nos referimos a la legitimación para realizar tales actos jurídicos. Para solucionar este interrogante, previamente resulta apropiado abordar la naturaleza de las asociaciones profesionales de las FAS, el contenido esencial del derecho fundamental en lid, su contenido adicional reconocido por ley —concretamente, el derecho a dirigir solicitudes—, el concepto de solicitud empleado por el legislador, el cauce procedimental que debe seguir la asociación profesional para ejercitarlo —esclareciendo si nos hallamos ante un procedimiento general o específico, así como formalizado o no formalizado— y la facultad para interponer recursos administrativos, todo ello a la vista de la vigente normativa que resulta aplicable al efecto.



## 2. NATURALEZA DE LAS ASOCIACIONES PROFESIONALES DE LAS FUERZAS ARMADAS

Algunos autores se han ocupado pormenorizadamente, y de manera muy acertada e ilustrativa, de la naturaleza de las asociaciones profesionales de las FAS<sup>1</sup>, por lo que en estas páginas nos limitaremos a efectuar un mero repaso, muy sucinto, del asunto, trayendo a colación los hitos más importantes que a nuestro juicio determinarán la naturaleza del derecho analizado.

### 2.1. Antecedentes

El punto de partida no puede ser otro que nuestra Constitución española, en cuyo apartado 1.º del art. 22 se reconoce el derecho de asociación, clásico derecho de participación ciudadana que se constituye como un instrumento democrático mediante el cual una pluralidad de personas aúna sus voluntades para lograr a través de su actividad unos fines determinados y lícitos. El constituyente no ha establecido límite alguno para este derecho respecto de los integrantes de las instituciones de naturaleza castrense, como son las FAS y la Guardia Civil, a diferencia de otros derechos fundamentales que sí han sido limitados. Nos referimos, principalmente, al derecho de sindicación, toda vez que en el apartado 1.º del art. 28 de la Constitución española se indica que «*la ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar*». En este sentido, el legislador ha optado por la exclusión de este derecho fundamental al estamento militar, a la vista de lo establecido en el apartado 3.º del art. 1 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de libertad sindical<sup>2</sup>. A pesar de que el derecho de asociación no está limitado para las FAS por nuestra norma constitucional, las asociaciones profesionales han estado vetadas durante mucho tiempo, no tanto por lo dispuesto en nuestro ordenamiento jurídico, en referencia a lo preceptuado en el art. 181 de la Ley 85/1978, de 28 de diciembre, de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas —precepto legal que prohibía a los miembros de las Fuerzas Armadas el participar en sindicatos y asociaciones con finalidad reivindicativa— como por la interpretación llevada a cabo por los tribunales de este precepto legal, concretamente del término *asociación con finalidad reivindicativa*.

En un primer momento se adujo como justificación legal para limitar el asociacionismo profesional en las FAS que la defensa de los intereses profesionales por otros actores que no fueran la propia cadena de mando —entendida

---

<sup>1</sup> HERBÓN COSTAS, J. J. «Sobre el derecho de asociación profesional del militar. ¿Hacia una libertad sindical?», *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 97, 2011, p. 19 y ss.; PASCUA MATEO, F. *Fuerzas Armadas y derechos políticos*. Madrid: Congreso de los Diputados, 2006, p. 377 y ss. [Colección «Monografías»]; BLANQUER, D. *Ciudadano y Soldado. La Constitución y el Servicio Militar*. Madrid: Civitas, 1996, p. 528 y ss.; FERNÁNDEZ GARCÍA, I. *Los derechos fundamentales de los militares*. Madrid: Ministerio de Defensa, 2015, p. 419 y ss.

<sup>2</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, J. y FERNÁNDEZ FARRERES, G. *Derecho de asociación. Comentarios a la Ley Orgánica 11/2002, de 22 de marzo*. Madrid: Civitas, 2002, p. 150.

como la representación institucional por excelencia— suponía el ejercicio de una actividad reivindicativa, la cual estaba proscrita. Estas actuaciones reivindicativas podrían configurarse *inter alia* como el ejercicio de acciones legales o reclamaciones frente a la Administración militar tendentes a mejorar el régimen de vida del militar, sus condiciones retributivas u otros aspectos concernientes a su estatuto militar y, por ende, profesional. El recelo que suscitaban estas asociaciones hallaba su fundamento en el temor de que el funcionamiento de las FAS se viese afectado por la interacción de un actor ajeno a la estructura militar cuyo objeto fuese defender posiciones o posturas que, a la vista del mando militar, menoscabasen la eficacia y eficiencia que se demanda a esta institución armada en el cumplimiento de los altos cometidos encomendados en el art. 8 de la Constitución española. A lo anterior puede añadirse que el derecho de asociación es un derecho de carácter colectivo y, como tal, esta clase de derechos siempre han conjugado mal con el estamento militar<sup>3</sup>, siendo una muestra de ello la limitación al derecho de petición contenida en el apartado 2.º del art. 29 de la Constitución española, al establecer que «*los miembros de las Fuerzas o Institutos armados o de los Cuerpos sometidos a disciplina militar podrán ejercer este derecho solo individualmente y con arreglo a lo dispuesto en su legislación específica*». Por último, se desconfiaba del uso que pudiera ejercerse del derecho de asociación, pues bajo las vestimentas de este derecho fundamental podría estar ejerciéndose una actividad sindical, la cual sí está prohibida para el estamento castrense, suponiendo ello un manifiesto fraude de ley<sup>4</sup>.

Estas argumentaciones de una u otra manera fueron sostenidas por los tribunales de justicia. Muestra de ello es la sentencia de 12 de marzo de 1990 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en la que se afirma que el recurso al genérico derecho de asociación para crear una asociación de naturaleza reivindicativa por los miembros de la Guardia Civil constituye una «*infracción de ley*». Esta resolución judicial incluso establece los parámetros para diferenciar un sindicato de una asociación profesional con fines reivindicativos, sosteniéndose al respecto que el primero se caracteriza por poder integrar a cualquier trabajador, mientras que la segunda por estar compuesta exclusivamente por miembros de un cuerpo o carrera concreto.

Este criterio de diferenciación merece cierta crítica, pues se centra solamente en el ámbito subjetivo de los derechos fundamentales en cuestión, es decir, en quién puede o no ser titular del mismo, desconociéndose lo verdaderamente relevante al respecto, esto es, el contenido esencial de cada uno de estos derechos, los cuales difieren notablemente entre sí. Pero, además, el criterio jurisprudencial de *favor libertatis* reconocido por el Tribunal Constitucional no fue apreciado, más bien todo lo contrario, ya que la interpretación llevada a cabo restringió notablemente la libertad de constituir asociaciones<sup>5</sup>. Como reseña a tener en considera-

<sup>3</sup> PEÑARRUBIA IZA, J., *Presupuestos constitucionales de la Función Militar*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 189.

<sup>4</sup> PASCUA MATEO, F., *op. cit.*, p. 382.

<sup>5</sup> El criterio de *favor libertatis* halla su *ratio essendi* en que los derechos fundamentales y libertades públicas son el parámetro de interpretación de nuestro ordenamiento jurídico, de ahí que deban

ción, basta significar que el Tribunal Constitucional, en Sentencia núm. 291/1993, de 18 de octubre, anula la resolución judicial antedicha, eso sí, sin entrar a debatir el verdadero fondo del asunto<sup>6</sup>.

Posteriormente, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en sentencia de 30 de junio de 1997, ahonda en la argumentación del fraude de ley y en la identificación de la finalidad reivindicativa con la actividad sindical para vetar las asociaciones profesionales en el seno de las FAS, al indicar expresamente que:

*«[...] la asociación con finalidad reivindicativa a la que se refieren las Reales Ordenanzas, encuentra su encaje en la norma más específica del art. 28 de la Constitución y no en el art. 22, ya que debe entenderse que el art. 28 no solo permite la prohibición de los sindicatos militares en sentido formal, sino también de cualquier tipo de asociación que por su naturaleza y fines pueda encuadrarse en un concepto sustantivo material de sindicato, caracterizado por la índole de los intereses que protege [...]», añadiendo que, de lo contrario, «[...] se propiciaría un fraude que, según señala la sentencia recurrida, sería no tanto de ley como de la propia Constitución, pues al amparo de la automaticidad del art. 22.3 de la Constitución, bastaría a una asociación rehuir la denominación sindical para soslayar la previsión del art. 28.1 del mismo texto constitucional [...] y poder desarrollar una acción que puede ser tan perturbadora para la disciplina de los Ejércitos como la que pudiera desarrollar cualquier sindicato».*

Como algún autor ha sostenido, del contenido de la resolución judicial antedicha se puede inferir que la asociación reivindicativa sería toda asociación profesional de militares, pues sus fines son los mismos que los de los sindicatos<sup>7</sup>. Ciertamente, el Tribunal Supremo equipara el derecho de sindicación con la finalidad reivindicativa de una asociación, o, lo que es lo mismo, equipara la actividad sindical específicamente regulada en el art. 2 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, consistente, básicamente, en el ejercicio de la negociación colectiva, derecho a la huelga y planteamiento de conflictos individuales y colectivos, con las reclamaciones y cualquier otro tipo de acción legal contra la Administración militar tendente a reclamar una mejora de las condiciones profesionales del militar. Este planteamiento no podía prosperar ante el Tribunal Constitucional, quien anula esta resolución judicial en la importante Sentencia 219/2001, de 30 de octubre, la cual pone su énfasis en deslindar los sindicatos de las asociaciones con finalidad reivindicativa, atendiendo para ello al contenido esencial de estos derechos. A este respecto, considera que el mero hecho de que una asociación

---

interpretarse de la forma más favorable a su efectividad y para la maximización de su contenido. Véanse GIMENO SENDRA, V., TORRES DEL MORAL, A., DÍAZ MARTÍNEZ, M. y MORENILLA ALLARD, P. *Los derechos fundamentales y su protección jurídica*. Madrid: Colex, 2007, p. 126; PÉREZ LUÑO, A. E. *Derecho humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1984, p. 310. En relación con las sentencias del Tribunal Constitucional que consagran estas tesis de interpretación favorable a la aplicación del derecho fundamental, cabe reseñar la Sentencia 126/1984, de 26 de diciembre, o la Sentencia 32/1991, de 14 de febrero.

<sup>6</sup> BLANQUER, D., *op. cit.*, p. 551.

<sup>7</sup> HERBÓN COSTAS, J. J., *op. cit.*, p. 33.

persiga la satisfacción de intereses profesionales no puede confundirse o equiparse al derecho de sindicación, dado que supondría una restricción indebida de un derecho fundamental y una extensión del concepto de sindicato más allá de los rasgos que lo caracterizan, siendo el principal los medios reforzados de acción sindical como son la negociación colectiva, el ejercicio del derecho a la huelga y el planteamiento de conflictos individuales y colectivos<sup>8</sup>.

Lo sorprendente de esta sentencia constitucional es que, a pesar de hacer referencia expresa a que los derechos fundamentales solamente pueden verse limitados mediante una ley orgánica, la cual debe reunir los criterios de certeza, previsibilidad y proporcionalidad en relación con el contenido esencial del derecho en cuestión, posteriormente el tribunal no plantea una cuestión de inconstitucionalidad del art. 181 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, precepto legal que, como bien indica el magistrado González Campos en su voto particular, no reúne los criterios constitucionales necesarios para limitar derechos fundamentales, poniéndose en serias dudas, pues, su constitucionalidad. En suma, la sentencia constitucional asume un criterio restrictivo del concepto de asociación con finalidad reivindicativa sin cuestionarse la legalidad del meritado art. 181 de las Reales Ordenanzas<sup>9</sup>. A partir de esta sentencia, las reglas del juego cambian notablemente para los militares de las FAS y militares de carrera del Cuerpo de la Guardia Civil, quienes ya pueden constituir asociaciones que tengan por finalidad defender y promover sus intereses profesionales, no considerándose esta actividad como «reivindicativa»; dicho lo cual, el reconocimiento legal tardaría todavía unos años en llegar.

## 2.2. Periodo de transición normativa

En este orden de cosas, habiéndose reconocido por el Tribunal Constitucional que no es posible identificar el derecho a constituir asociaciones con finalidad reivindicativa con el derecho de sindicación, queda pendiente saber cómo afronta el legislador esta situación, pues el art. 181 de la Ley 85/1978, de 28 de diciembre, de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, se encuentra vigente tras la meritada Sentencia constitucional 219/2001, de 30 de octubre, al no plantearse una cuestión de inconstitucionalidad de este precepto legal. Pues bien, el primer paso del legislador es declarar la no aplicación del susodicho art. 181 de las Reales Ordenanzas a los miembros de la Guardia Civil, todo ello en virtud de lo dispuesto en la disposición derogatoria de la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, de derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil, norma que, por otra parte, reconoce por primera vez el derecho de los militares de carrera de la Guardia Civil a constituir asociaciones profesionales. Nótese que el legislador no deroga dicho precepto legal, sencillamente declara su no aplicación a los guardias civiles, algo lógico a la vista del reconocimiento legal de las asociaciones profesionales de los guardias civiles efectuado por mor de la ley orgánica referen-

<sup>8</sup> PASCUA MATEO, F., *op. cit.*, p. 383; HERBÓN COSTAS, J. J., *op. cit.*, p. 36.

<sup>9</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, J. y FERNÁNDEZ FARRERES, G., *op. cit.*, p. 155.

ciada *ut supra*. Por otra parte, la aprobación de esta norma orgánica conlleva la modificación de la letra c) del art. 3 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, del Derecho de Asociación, estableciéndose que:

*«Los miembros de las Fuerzas Armadas habrán de atenerse a lo que dispongan las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas y al resto de sus normas específicas para el ejercicio del derecho de asociación. Los miembros de la Guardia Civil se regirán por su normativa propia».*

Días más tarde, el legislador aprueba la actual Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar, norma capital en relación con el régimen de personal de los militares profesionales de las FAS, erigiéndose como una de las principales normas estatutarias de esta institución armada. Sorprende que el legislador no optase por la derogación del art. 181 de las Reales Ordenanzas a la vista del reconocimiento legal del asociacionismo profesional en la Guardia Civil. De hecho, hizo todo lo contrario, lo mantuvo en vigor en la disposición derogatoria de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, eso sí, quedando relegado a la consideración de norma reglamentaria, de conformidad con lo establecido en la disposición transitoria 12.<sup>a</sup> de esta norma legal. Esta actuación del legislador genera una situación más que llamativa, pues siendo indiscutible que los guardias civiles son militares de carrera de la Guardia Civil, perteneciendo en consecuencia a un instituto armado de naturaleza castrense —como proclamaba entonces el art. 2 de la Ley 42/1999, de 25 de noviembre, de Régimen del Personal del Cuerpo de la Guardia Civil, y sigue proclamando el art. 3 de la Ley 29/2014, de 28 de noviembre, de Régimen del Personal de la Guardia Civil—, nos encontramos con que los militares profesionales de las FAS no pueden constituir asociaciones profesionales, mientras que los guardias civiles sí. Lo anterior, desde un punto de vista estrictamente legal, no encuentra fácil justificación, a pesar de que los guardias civiles y los militares profesionales de las FAS tienen un estatuto jurídico diferente en algunos aspectos, a causa de la naturaleza de los cometidos profesionales a desempeñar. Pero, además, esta disfunción legal podría haber generado serios problemas con fundamento en lo dispuesto en la disposición adicional 1.<sup>a</sup> de la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, la cual contiene un reenvío normativo al régimen de derechos y libertades de los miembros de las FAS en el caso de que los guardias civiles pasen a depender del Ministerio de Defensa o se integren en unidades militares, siendo esto último algo usual en este instituto armado. A modo de ejemplo, aquellos guardias civiles que estuvieran desplegados en el extranjero e integrados en una unidad militar, al resultarles de aplicación la normativa de las FAS, su derecho de asociación profesional podría verse restringido desde el momento en que la autoridad militar pudiera entender que una u otra acción o actividad asociativa pudiera tener una finalidad reivindicativa, con las consecuencias disciplinarias que podrían derivarse de ello.

Asimismo, si ya existían serias dudas respecto de la constitucionalidad del art. 181 de las Reales Ordenanzas cuando ostentaba el rango de norma legal no orgánica, con mucha más razón se albergan dudas en torno a la legalidad de restringir un derecho fundamental mediante una norma de naturaleza reglamentaria, como era el entonces art. 181 de las Reales Ordenanzas tras la aprobación de la Ley de la Carrera Militar, ocasionándose así un entuerto jurídico considerable,

al desconocerse el conjunto de garantías constitucionales que imperan en nuestro ordenamiento jurídico. Nos referimos a la reserva de ley necesaria para regular y limitar un derecho fundamental, *ex* apartado 1.º del art. 53 y del art. 81 de la Constitución española<sup>10</sup>. Basta con recordar unas palabras del Tribunal Constitucional para darnos cuenta de lo que estamos hablando:

«[...] *toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas, ora incida directamente sobre su desarrollo (art. 81.1 C.E.), o límite o condicione su ejercicio (art. 53.1 C.E.), precisa una habilitación legal*»<sup>11</sup>.

A nuestro entender, la mera remisión que efectúa la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, a las Reales Ordenanzas no satisface la habilitación legal exigida por nuestro ordenamiento jurídico, pues la norma legal se remite a una norma de rango inferior, cuando lo pertinente hubiera sido que en aquella norma legal se establecieran los límites al derecho fundamental. Esta problemática se resuelve acertadamente por el Poder Ejecutivo con la aprobación del Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas (en adelante, «ROFAS»), norma reglamentaria que deroga el tan manido art. 181 de las anteriores Reales Ordenanzas. Así pues, el entuerto jurídico ocasionado se solventa mediante la derogación de la norma que limita el derecho fundamental de asociación, pero esta medida aun dista mucho de resolver el principal escollo legal, esto es, el reconocimiento legal del derecho fundamental de asociación profesional en el seno de las FAS. Ello tiene lugar con la aprobación de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, la cual ha puesto coherencia a todo este asunto, pues mediante una norma legal de naturaleza orgánica se reconoce —y limita en determinadas circunstancias— el derecho fundamental de asociación profesional, respetándose la reserva de ley prevista en el apartado 1.º del art. 53 y el apartado 1.º del art. 81 de la Constitución española, y dotando de seguridad jurídica a los militares profesionales, ya que su estatuto jurídico queda perfectamente determinado con la aprobación de esta norma legal.

### 2.3. Reconocimiento normativo

Expuesto todo el *iter* normativo que ha tenido lugar hasta llegar a la aprobación de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, el desarrollo del derecho de

---

<sup>10</sup> Sobre esta cuestión tenemos que recordar que la vitalidad y seriedad de un ordenamiento jurídico digno de prestancia y auténtico ariete de un Estado de derecho se fundamenta, entre otras cosas, en la eficacia y efectividad de los derechos fundamentales reconocidos. Por ello, las garantías constitucionales sobre los derechos fundamentales deben considerarse capitales, y ser respetados en todo momento, de ahí que la norma reglamentaria en ningún caso pueda limitar o restringir un derecho fundamental. Véase CASTÁN TOBEÑAS, J. *Los derechos del hombre*. Madrid: Reus, 1985, p. 179; PECES-BARBA, G. *Derechos fundamentales I. Teoría General*. Madrid: Guadiana Publicaciones, 1973, p. 219 y ss.; GARRIDO FALLA, F. «De las garantías de las libertades y derechos fundamentales», en GARRIDO FALLA, F. (coord.), *Comentarios a la Constitución*. Madrid: Civitas, 2001, p. 978; MARTÍN RETORTILLO, L., y OTTO y PARDO, I. *Derechos fundamentales y Constitución*. Madrid: Civitas, 1988, p. 97 y ss.

<sup>11</sup> Sentencia 42/1999, de 5 de abril, del Tribunal Constitucional, FJº 4.º

asociación en el seno de las FAS lo encontramos en el art. 14 de la LODDFAS, el cual dispone lo siguiente:

«1. Los militares tienen derecho a crear asociaciones y asociarse libremente para la consecución de fines lícitos, de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación.

2. El ejercicio de este derecho cuando tenga como fin la defensa de sus intereses profesionales y los derechos establecidos en esta ley orgánica, se ajustará a lo dispuesto en el título III, capítulo I.

3. Las asociaciones de miembros de las Fuerzas Armadas no podrán llevar a cabo actividades políticas ni sindicales, ni vincularse con partidos políticos o sindicatos».

Del precepto legal antedicho se infiere que, por un lado, los militares profesionales pueden ejercitar el derecho de asociación *in genere* regulado en la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, del Derecho de Asociación (apartado 1.º del art. 14 de la LODDFAS), y por otro lado, que cuando el ejercicio de este derecho lo sea para la defensa y promoción de los intereses profesionales, nos hallaremos ante el derecho *in specie* de asociación profesional (apartado 2.º del art. 14 de la LODDFAS).

La clasificación propuesta encuentra su justificación legal en la propia Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, pues en los apartados 2.º y 3.º del art. 1 se estipula que «el derecho de asociación se regirá con carácter general por lo dispuesto en la presente Ley Orgánica [...]», rigiéndose por su legislación específica «[...] cualesquiera otras reguladas por leyes especiales». Efectivamente, tanto el constituyente como el legislador han regulado desde un primer momento el derecho de asociación sin referencia material alguna, atendiendo a un género que, a su vez, puede contener múltiples ramificaciones o especificidades que requieran una posterior regulación especial, de ahí que la norma antedicha indique que aquellas otras asociaciones que estén reguladas por leyes especiales se regirán por dicha ley<sup>12</sup>. Pero, además, el legislador se ha cuidado de que el ejercicio del derecho de asociación profesional de los miembros de las FAS y de la Guardia Civil se regule con base en su norma específica, todo ello a la vista de lo estipulado en la letra c) del art. 3 de la ley referenciada *ut supra*, cuyo tenor es el siguiente: «Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil habrán de atenerse a lo que disponga su legislación específica para el ejercicio del derecho de asociación en lo que se refiere a asociaciones profesionales».

Así las cosas, el derecho *in specie* de asociación profesional en las FAS se erige como una modalidad más del derecho de asociación garantizado en el art.

<sup>12</sup> El Tribunal Constitucional en Sentencia núm. 5/1996, de 16 de enero, ha señalado que “el art. 22 de la Constitución española reconoce el derecho de asociación sin referencia material alguna, de modo que este derecho se proyecta sobre la totalidad del fenómeno asociativo en sus muchas manifestaciones y modalidades (...)”; igualmente, en Sentencia núm. 67/1985, de 24 de mayo, este tribunal indicó que “el art. 22 de la Constitución española contiene una garantía que podríamos denominar común, es decir, el derecho de asociación que regula el artículo mencionado se refiere a un género —la asociación— dentro del cual caben modalidades específicas”.

22 de la Constitución española, hallándonos en consecuencia ante un derecho fundamental cuya regulación encuentra su mejor cobertura jurídica en la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio. Ahora bien, todo aquello que no esté regulado en esta ley especial debe completarse con la aplicación de la norma general, esto es, la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, dada la supletoriedad de esta última norma según se indica en su disposición final 2.<sup>a</sup>, cuyo tenor es el siguiente: «[...] la presente ley tiene carácter supletorio respecto de cualesquiera otras que regulen tipos específicos de asociaciones [...]». Lo anterior comporta que no estemos ante una exclusión absoluta del régimen general de asociaciones<sup>13</sup>; no en vano la norma general integrará el contenido del derecho *in specie* de asociación profesional en todo aquello en lo que el legislador haya guardado silencio o haya efectuado el correspondiente reenvío normativo, como sucede *inter alia* con el apartado 3.º del art. 36 de la LODDFAS, el cual se remite en cuestiones de solicitud de inscripción y de estatutos de las asociaciones profesionales a la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo.

### 3. CONTENIDO ESENCIAL Y ADICIONAL DEL DERECHO DE ASOCIACIÓN PROFESIONAL EN LAS FUERZAS ARMADAS

En este apartado nos aproximaremos al concepto de contenido esencial seguido por la doctrina y por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, para, posteriormente, intentar dilucidar cuál es el contenido mínimo irrenunciable del derecho de asociación y, por ende, del derecho de asociación profesional en las FAS.

#### 3.1. Aproximación al concepto

A causa de la relevancia en nuestro Estado de derecho y ordenamiento jurídico de los derechos fundamentales, el constituyente ha configurado unas garantías reforzadas para su disfrute y realización, dado que cualquier reconocimiento de derechos subjetivos sin la existencia de un mecanismo que los garantice deviene en ineficaz, de suerte que el derecho en cuestión queda desamparado y su eficacia al albur de acontecimientos más o menos impredecibles. Entre las garantías instituidas por nuestro constituyente encontramos la cláusula del contenido esencial prevista en el apartado 1.º del art. 53 de la Constitución española —la cual, por cierto, tiene manifiestas reminiscencias del art. 19 de la Ley Fundamental alemana<sup>14</sup>—, que establece lo siguiente:

*«Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Solo por ley, que en todo caso deberá*

<sup>13</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, J. y FERNÁNDEZ FARRERES, G., *op. cit.*, p. 45.

<sup>14</sup> PRIETO SANCHIS, L. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2014, p. 230; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S. (coord.). *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006, p. 52; PÉREZ LUÑO, A. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 2007, p. 77.



*respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161. 1. a)».*

La delimitación del contenido esencial debe llevarse a cabo al amparo de la vinculación de los poderes públicos a los derechos y libertades reconocidos en el capítulo II del título I de la Constitución, entre los que se encuentra el derecho de asociación. Dicho esto, el legislador, la Administración pública y el Poder Judicial no pueden desconocer la existencia de los derechos fundamentales. Al revés, su actuación estará condicionada en todo momento por los mismos, debiendo evitar su lesión o menoscabo, o, lo que es lo mismo, deberán respetarlos en toda actividad que realicen, dicese legislativa, administrativa o judicial. Ahora bien, la regulación de estos derechos fundamentales por parte del legislador —lo que comprende también su limitación— hace que la garantía de la cláusula del contenido esencial se erija como el límite de los límites<sup>15</sup>, es decir, como aquello que el legislador no puede afectar, pues de lo contrario el derecho subjetivo no sería identificable o sería prácticamente irrealizable, convirtiéndose en una mera quimera jurídica carente de toda eficacia o significado práctico. Esta cláusula ha sido definida como *«la expresión jurídico positivizada del valor intrínseco de cada uno de los derechos fundamentales y libertades públicas que reconoce la Constitución, resultado de la conjunción del valor de la dignidad humana y el núcleo radical propio de cada derecho o libertad que tiene que ver con sus manifestaciones particulares»*<sup>16</sup>. Otros han entendido que el contenido esencial comporta aquella peculiaridad de cada derecho sin la cual el mismo pierde su sentido<sup>17</sup>. La doctrina, a su vez, establece dos teorías en relación a esta cláusula, a saber, la absoluta y la relativa. La primera se caracteriza porque el derecho queda al amparo de una protección singular, al considerarse el derecho como un núcleo duro resistente a la acción limitativa del legislador, resultando indisponible; por otro lado, la segunda se caracteriza porque el derecho carece de autonomía conceptual, identificándose más bien con la necesidad misma de la justificación del límite del bien o interés que se pretende preservar. En síntesis, se produce una equiparación entre el contenido esencial y la exigencia de su justificación, por lo que solamente podremos hablar de contenido esencial una vez se haya efectuado la ponderación del derecho y del interés que se pretende salvaguardar, resultando de este juicio de ponderación el susodicho contenido esencial<sup>18</sup>.

Desde un punto de vista jurisprudencial, el Tribunal Constitucional ha sostenido en su reciente sentencia de 8 de abril de 2019 que el contenido esencial al que se refiere el apartado 1.º del art. 53 de la Constitución española supone un *«examen [...] sobre si el mismo ha sufrido o no, sobre si han quedado o no afectadas las facul-*

<sup>15</sup> MARTÍN RETORTILLO, L., y OTTO y PARDO, I., *op. cit.*, p. 125; CASTÁN TOBEÑAS, J., *op. cit.*, p. 180, quien entiende que la cláusula del contenido esencial se orienta a reforzar la obligación del legislador de someterse a los mandatos constitucionales en materia de derechos fundamentales.

<sup>16</sup> LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS, M. *Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales enunciados en el art. 53.1 de la Constitución española*. Granada: Comares, 1996, p. 235 y 242.

<sup>17</sup> BALAGUER CALLEJÓN, M.ª L. «El contenido esencial del derecho de huelga». *Revista de Derecho Político*, n.º 34, 1991, p. 128.

<sup>18</sup> PRIETO SANCHIS, L., *op. cit.*, p. 232 y 233; MARTÍN RETORTILLO, L., y OTTO y PARDO, I., *op. cit.*, p. 129 y 131.

*tades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo abstracto y preexistente al que pertenece, y sin las cuales dejaría de pertenecer a ese tipo y tendría que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose, y, además, sobre si ha sido dañado el contenido del derecho que es absolutamente necesario para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al mismo, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, en suma, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección»*<sup>19</sup>. Así pues, el Tribunal Constitucional atiende tanto a la naturaleza del derecho —en su concepción generalizada que de él tienen los juristas—, como a los intereses jurídicamente protegidos que dan vida al derecho y cuya limitación lo harían impracticable, siendo estos presupuestos complementarios<sup>20</sup>. Pero lo relevante del criterio jurisprudencial antedicho es que pueden identificarse dos características del contenido esencial, su atemporalidad (la delimitación del mismo puede variar con el transcurrir del tiempo, atendiendo a la realidad social y cultural imperante de cada momento) y su casuismo (solo se identifica y delimita caso por caso, tras efectuarse el correspondiente juicio de ponderación entre el derecho y el interés o valor que se pretende salvaguardar)<sup>21</sup>.

Ahora bien, como han apuntado algunos autores, la realidad de la cláusula objeto de debate es que resulta en muchos casos impredecible, pues la práctica de la justicia constitucional demuestra que en numerosas ocasiones se respalda la legalidad de una ley sin plantearse que este proceder vacía de contenido un derecho, como acaeció en la Sentencia 62/1982, de 15 de octubre, del Tribunal Constitucional, en la que solamente se analiza y valora la naturaleza del límite impuesto por ley, omitiendo si ello afecta al contenido esencial del derecho a la libertad de expresión<sup>22</sup>. En cualquier caso, y teniendo en consideración las críticas doctrinales anteriores, en palabras del Tribunal Constitucional, una norma con rango de ley sí puede establecer límites al ejercicio de un derecho fundamental siempre que

---

<sup>19</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 108/2019, de 30 de septiembre, FJ 4.º; de otra parte, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en Sentencia 181/2019, de 21 de marzo, Rec. 2101/2016, ha manifestado sobre el contenido esencial lo siguiente: «[...] *La Constitución española asumió esta concepción de los derechos fundamentales como derechos “resistentes” a la ley, pues esta, al regular el ejercicio del derecho fundamental, no puede establecer limitaciones que afecten a su contenido esencial y hagan irreconocible el derecho fundamental en cuestión. El constituyente tomó de la Ley Fundamental de Bonn la institución del “contenido esencial” de los derechos fundamentales y la incorporó al art. 53.1 de la Constitución, que dispone que “solo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades”. Por tanto, el “contenido esencial” es fundamentalmente una institución cuya virtualidad afecta a la actividad del legislador pues establece un “núcleo duro” del derecho fundamental que no puede ser afectado por los límites que se establezcan en la legislación orgánica que lo desarrolle o, con carácter general, en las leyes que de un modo u otro puedan afectar al derecho fundamental en cuestión. El contenido esencial es un “límite de los límites” de los derechos fundamentales: la acción del legislador, en cuanto pueda ser limitadora de los derechos fundamentales, tiene a su vez como límite el respeto al contenido esencial de los mismos».*

<sup>20</sup> PÉREZ LUÑO, A. *Los derechos fundamentales*, op. cit., p. 77; GIMENO SENDRA, V., et al., op. cit., p. 108.

<sup>21</sup> BALAGUER CALLEJÓN, M.ª L., op. cit., p. 130.

<sup>22</sup> MARTIN RETORTILLO, L., y OTTO y PARDO, I., op. cit., p. 130; PRIETO SANCHIS, L., op. cit., p. 234.

respete su contenido esencial y dicha limitación esté dirigida a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos, y además guarden la debida proporcionalidad con la naturaleza del proceso y la finalidad perseguida<sup>23</sup>. En el caso de que la ley careciese de precisión en relación con los presupuestos materiales que determinan la limitación del derecho se estaría ocasionando una indeterminación constitutiva de un menoscabo del contenido esencial, básicamente, porque «*la ley ya no cumple su función de garantía del propio derecho fundamental que restringe, pues deja que en su lugar opere simplemente la voluntad de quien ha de aplicarla*». Ello se debe a que la forma en que se han fijado los límites hace irreconocible e imposibilita en la práctica el ejercicio del derecho en cuestión, quedando al albur del intérprete de la norma su correcta adecuación al ordenamiento, lo que puede redundar en perjuicio del derecho fundamental<sup>24</sup>.

### 3.2. Contenido del derecho de asociación profesional en las Fuerzas Armadas

En este apartado analizaremos el contenido esencial del derecho de asociación, a la vista de la normativa constitucional y de orden general vigente al efecto, así como el contenido adicional del derecho de asociación profesional en las FAS, a la luz de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio.

#### 3.2.1. Contenido esencial

Habiéndose determinado que el derecho *in specie* de asociación profesional es una modalidad más del derecho constitucional previsto en el art. 22 de la Constitución española —hallándonos por tanto ante un derecho fundamental—, la determinación de su contenido esencial, forzosamente, no podrá desconocer el previsto en el derecho *in genere* de asociación, sin perjuicio del contenido adicional reconocido por la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, el cual, por otro lado, será el que diferencie y confiera de una singularidad propia a esta modalidad de asociación.

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 42/2011, de 11 de abril, ha conformado tres dimensiones del contenido esencial del derecho de asociación. Nos referimos a la libertad de creación de una asociación y de adscripción a las ya creadas, la libertad de no asociarse y de dejar de pertenecer a las mismas, y la libertad de organización y funcionamiento interno sin injerencias públicas<sup>25</sup>. Estas libertades se erigen como el sustrato imprescindible que debe estar presente en todo momento en el derecho de asociación, pues de lo contrario se produciría su desnaturalización. No en vano, a este derecho colectivo lo que le caracteriza es el reconocimiento de la

<sup>23</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 140/2018, de 20 de diciembre, FJ 5.º.

<sup>24</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 76/2019, de 22 de mayo, FJ 5.º.

<sup>25</sup> GARRIDO FALLA, F., PALOMAR OLMEDA, A. y LOSADA GONZÁLEZ, H. *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. II. Madrid: Tecnos, 2006, p. 259, quienes también aluden a una cuarta dimensión *inter privados*, en el sentido de que se garantizan unas facultades a los asociados considerados individualmente frente a las asociaciones a las que pertenecen. Véase la Sentencia 56/1995, de 6 de marzo, del Tribunal Constitucional, FJ 5.º.

libertad de toda persona para unir fuerzas y dar cumplimiento a unos fines sociales que se enumeran en los estatutos de la asociación, no pudiendo pertenecer cualquier persona a la misma y rigiéndose esta por una serie de normas internas que, en todo caso, deben respetar los principios democráticos de nuestro Estado de derecho. Las libertades anteriormente enumeradas están presentes en las asociaciones profesionales de las FAS. Ahora bien, dentro del asociacionismo profesional de las FAS tenemos que añadir una cuarta dimensión de naturaleza especial, a saber, la defensa y promoción de los intereses económicos, sociales y profesionales de sus socios, quienes deben ser militares profesionales y hallarse en una situación administrativa que no implique tener en suspenso su condición de militar, erigiéndose esta última dimensión como la verdadera *ratio essendi* del derecho, de suerte que si esta libertad de naturaleza finalista se lamina, acontece su desnaturalización, vaciándose de contenido y perdiendo su singularidad. La justificación de lo anterior se debe a que los militares no pueden ejercer ni desarrollar ningún tipo de actividad sindical, motivo por el cual la actividad asociativa se vislumbra como un mecanismo idóneo y esencial para la defensa de sus intereses profesionales y económicos. Asimismo, el legislador ha delimitado los límites del ejercicio de la actividad asociativa profesional, es decir, ha enumerado una serie de comportamientos y actividades prohibidas, ya que no podrán realizar actividades paramilitares ni ejercicios de formación e instrucción de ese carácter, tampoco podrán interferir en las decisiones de política de seguridad y defensa, en el planeamiento y desarrollo de las operaciones militares y en el empleo de la fuerza, deberán respetar el principio de neutralidad política y sindical y no podrán incluir en su denominación ni en sus estatutos referencias políticas o ideológicas, así como tampoco podrán tener vinculación con organizaciones políticas o sindicales, realizar conjuntamente con ellas pronunciamientos públicos ni participar en sus reuniones o manifestaciones, según reza el apartado 3.º del art. 33 y el apartado 2.º del art. 42, ambos de la LODDFAS.

### 3.2.2. *Contenido adicional*

Así las cosas, en lo que aquí nos interesa, tenemos que reseñar que este derecho *in specie* no solo está integrado por el contenido esencial referenciado *ut supra* —el cual constituye un mínimo indispensable—, sino que también lo está por el denominado *contenido adicional*, es decir, aquel conjunto de derechos, libertades y facultades que el legislador ha dotado al derecho de asociación profesional para su mejor ejercicio, pero que, en cualquier caso, no forma parte de su contenido esencial, a pesar de que toda actividad administrativa que lo menoscabe supondrá una lesión del derecho fundamental en cuestión<sup>26</sup>. Este haz de facultades, al ser de creación «*infraconstitucional*», debe ejercitarse en el propio marco normativo que las instituye, pudiendo ser modificadas o suprimidas por el legislador, siendo en esencia su contenido variable y provisional, como ha sostenido el Tribunal Constitucional<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> Sentencia 181/2019, de 21 de marzo, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

<sup>27</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 123/2018, de 12 de noviembre, FJ 4.º; Sentencia del Tribunal Constitucional 30/1992, de 18 de marzo, FJ 4.º.

En este orden de ideas, a nuestro juicio lo más relevante del derecho de asociación profesional es el contenido adicional que el legislador ha reconocido para el correcto ejercicio del derecho fundamental. Entendemos que los derechos que a continuación enumeraremos integran la actividad asociativa de las asociaciones profesionales de las FAS en su interacción con la Administración militar, sabedores de que el legislador ha omitido toda referencia al término *actividad asociativa*, a diferencia de la actividad sindical que sí se enuncia expresamente en el art. 2.2.d) de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto. Dicho esto, el contenido adicional se delimita en dos umbrales. En el primer umbral se reconocen una serie de derechos a aquellas asociaciones profesionales que están inscritas en el Registro de Asociaciones de las Fuerzas Armadas, siendo los siguientes:

- Realizar propuestas, emitir informes y dirigir solicitudes y sugerencias relacionadas con sus fines.
- Asesorar y prestar apoyo y asistencia a sus asociados, así como representarlos legítimamente ante los órganos competentes de las administraciones públicas.
- Recibir información del Ministerio de Defensa sobre régimen de personal, protección social y sobre cualquier otro asunto que favorezca la consecución de sus fines estatutarios.
- Habilitación en las unidades de lugares y procedimientos adecuados para la exposición y difusión de los anuncios, comunicaciones o publicaciones de las asociaciones profesionales.
- Celebrar reuniones de acuerdo con sus estatutos y por sus propios medios.
- En el segundo umbral se reconocen otra serie de derechos, pero solo para aquellas asociaciones de mayor representatividad que cumplen los requisitos del apartado 2.º del art. 48 de la LODDFAS, lo que *per se* genera el derecho a participar en el Consejo de Personal de las FAS, pudiendo, por lo tanto:
  - Estar representadas en el Consejo de Personal de las FAS.
  - Contribuir por medio de informes o consultas en el proceso de elaboración de proyectos normativos que afecten al régimen de personal.
  - Presentar propuestas o realizar informes en relación con los asuntos que sean competencia del Consejo.
  - Que las delegaciones y subdelegaciones de Defensa les proporcionen locales y medios adecuados para uso común de las asociaciones profesionales.
  - Utilizar locales, preferentemente en instalaciones de las propias delegaciones o subdelegaciones de Defensa, para la celebración de reuniones informativas destinadas a miembros de las FAS, y en el caso de que por la falta de disponibilidad de locales apropiados no fuera posible atender la solicitud, los delegados o subdelegados de Defensa gestionarán la utilización de locales adecuados que podrán estar ubicados en otras instalaciones del Ministerio de Defensa, que no sean unidades de la fuerza o del apoyo a la fuerza de los ejércitos.

Estos derechos y facultades no son absolutos, dado que deben realizarse en todo caso sin perjudicar el cumplimiento de las misiones de las FAS, el desarrollo de sus operaciones, el código de conducta de sus miembros y

los preceptos de la norma orgánica analizada, según manifiesta el art. 41 de la LODDFAS. El respeto por parte de las asociaciones profesionales de las FAS de las anteriores limitaciones se justifica porque el interés general—residenciado en los altos cometidos encomendados a las FAS por mor del art. 8 de la Constitución española y del art. 15 de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional— debe primar sobre los intereses particulares de los entes asociativos profesionales, básicamente porque el correcto y eficaz desempeño de las misiones de las FAS son un interés constitucionalmente protegible que debe salvaguardarse para que la sociedad en última instancia pueda desarrollar con plenas garantías sus derechos y libertades, lo que no se conseguiría si el código ético y jurídico de los militares profesionales se viese perjudicado<sup>28</sup>. Por ello, los límites impuestos por el legislador tienen como finalidad establecer un equilibrio razonable entre la seguridad y defensa nacional y los derechos asociativos de los militares profesionales, de suerte que su ejercicio no menoscabe lo esencial de la seguridad y defensa nacional y, por supuesto, que estos bienes constitucionales no sirvan de excusa para laminar cualquier actividad asociativa que no entre en contradicción con los mismos.

Por último, la calificación como contenido adicional de los derechos y facultades antedichos se debe a que su laminación o vulneración no supone *prima facie* la desnaturalización del derecho de asociación profesional en general, pues el hecho de que no se admita una solicitud o no se dejen usar locales adecuados al efecto para sus reuniones no comporta la desnaturalización del derecho de asociación profesional ni lo desvirtúa de tal manera que no pueda identificarse con su género de derechos. Lo que sucederá es que la lesión de estos derechos adicionales supondrá la vulneración en sí misma del derecho fundamental de asociación, pudiéndose articular por ello los mecanismos legales correspondientes para su defensa.

#### **4. LEGITIMACIÓN DE LAS ASOCIACIONES PROFESIONALES PARA PRESENTAR SOLICITUDES E INTERPONER RECURSOS ADMINISTRATIVOS**

En este apartado analizaremos a qué se refiere la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, cuando utiliza la expresión «*derecho a dirigir solicitudes*», qué legislación debemos tener en consideración para delimitar este derecho, la legitimación que debe concurrir, la facultad de interponer recursos administrativos ante la Administración militar, así como el *iter* procedimental que debe observarse para todo lo anterior.

---

<sup>28</sup> Pensemos, por ejemplo, de manera hipotética, en un ente asociativo profesional de las FAS que propugna como defensa de los intereses profesionales que hasta que no se produzca un aumento retributivo no prestarán sus asociados ningún servicio de manera eficiente y con diligencia, es decir, con exactitud, tal y como demanda el art. 16 de las ROFAS. Esta actuación asociativa no estaría permitida con base en la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, pero además la misma pondría en riesgo la seguridad y defensa nacional, motivo por el cual el legislador la excluye de toda actividad asociativa.

#### 4.1. Concepto de solicitud

Nuestro ordenamiento jurídico no define el concepto de solicitud, el cual, por otro lado, tiene una relevancia capital dentro del orden administrativo, pues, como se desprende del art. 54 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, «LPA-CAP»), el procedimiento administrativo se inicia bien de oficio, bien a *solicitud* del interesado, siendo este último supuesto uno de los mecanismos previstos por el legislador para iniciarse el mismo, lo que, a su vez, dará lugar al reconocimiento por el legislador de una serie de derechos en favor del interesado, así como la obligación de la Administración de resolver la solicitud presentada. El legislador, al regular la solicitud, lo ha hecho de manera confusa o, cuando menos, con un doble significado, dado que en el art. 66 de la LPACAP se emplea este término en dos ocasiones: en primer lugar, como escrito de iniciación del procedimiento administrativo, y, en segundo lugar, como la pretensión misma que sirve de cauce al *iter* procedimental<sup>29</sup>.

Acudiendo a su significado etimológico, la Real Academia Española entiende por *solicitud* la acción y el efecto de solicitar, mientras que por *solicitar* —en una de sus acepciones— entiende pretender, buscar o pedir algo con diligencia. Efectivamente, este último significado se aproxima al concepto jurídico de solicitud, en tanto en cuanto sería toda acción en la que un sujeto pide algo a otro, en síntesis, lleva a cabo un *petitum* o petición. Sea como fuere, desde un punto de vista estrictamente jurídico, el concepto de solicitud se caracteriza por los siguientes presupuestos:

- En primer término, se trata de una acción legal de naturaleza administrativa dirigida a la Administración pública, toda vez que mediante su presentación se insta una actividad administrativa y se origina un procedimiento administrativo, teniendo el interesado derecho a obtener una resolución motivada, la cual no tiene por qué ser favorable a la pretensión sostenida<sup>30</sup>.
- En segundo término, se trata de un acto jurídico, es decir, un acto libre y consciente de una persona mediante el que exterioriza su voluntad y que

<sup>29</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, J. y GONZÁLEZ NAVARRO, F. *Comentarios a la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, tomo II. Navarra: Thomson-Civitas, 2007, p. 1880.

<sup>30</sup> En este sentido, se ha definido la solicitud como aquella manifestación de voluntad a la que el ordenamiento anuda, en relación con la Administración que compete la emanación del acto, un efecto constitutivo, de naturaleza meramente procedimental, y de contenido tal para dar un impulso jurídicamente relevante al desarrollo del procedimiento. Véase BENGIOZINI, G. *L'attività del privato nel procedimento amministrativo*. Padova: Cedam, 1975, p. 103 y 104. Asimismo, el término de acción guarda cierta relación con el manejado por la doctrina procesalista, pues si en este campo del derecho consiste en la facultad de promover la actividad jurisdiccional, en el orden administrativo consistirá en promover una actividad administrativa. Véanse GÓMEZ ORBANEJA, E. y HERCE QUEMADA, V. *Derecho Procesal Civil*. Madrid, 1979, p. 227 y 233; GUASP, J. y ARAGONESES, P. *Derecho Procesal Civil*, tomo I. Madrid: Civitas, 2002, p. 234, quienes sostienen que la acción es un derecho diferente al derecho material o subjetivo que se hace valer en el proceso, consistente básicamente en el derecho a obtener un resultado procesal estricto.

tiene relevancia para el derecho, pues su objeto es obtener unos efectos jurídicos, tendentes a la creación, extinción o modificación de derechos subjetivos, deberes o incluso de una relación jurídica.

- Por último, la solicitud debe contener una petición o *petitum*, tal y como prevé la letra c) del apartado 1.º del art. 66 de la LPACAP, al exigir que «la solicitud deberá contener: [...] hechos, razones y petición en que se concrete, con toda claridad, la solicitud», que, en definitiva, no es otra cosa que la pretensión ejercida por el interesado, entendiéndose por la misma aquella reclamación a la Administración para que haga o deje de hacer algo en relación con los derechos subjetivos o deberes de aquel. Así, mediante esta pretensión acontece la determinación del *thema decidendi*, esto es, se delimita el ámbito sustantivo que debe valorar la Administración pública, sin perjuicio de la facultad que ostenta para resolver cualquier otra cuestión derivada de la solicitud, aunque no haya sido aducida por el interesado, *ex* apartado 1.º del art. 88 de la LPACAP<sup>31</sup>.

El concepto propuesto de solicitud guarda una similitud notable con el de demanda del derecho procesal. Ello se debe a que el derecho administrativo encuentra parte de sus raíces en el derecho judicial, de ahí que el derecho procedimental administrativo encuentre similitudes con el derecho procesal civil<sup>32</sup>. A modo de ejemplo, podemos reseñar las siguientes similitudes entre ambas ramas del derecho:

- En el apartado 1.º del art. 399 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, «LEC»), se establece que «el juicio principiará por demanda», lo que significa que la demanda se erige como el acto típico de inicio del proceso, sucediendo un tanto de lo mismo en el procedimiento administrativo, por mor de lo dispuesto en el art. 54 de la LPACAP, sin perjuicio de que también puede principiarse de oficio por la Administración pública.
- El art. 399 de la LEC exige que la demanda «fijará con claridad y precisión lo que se pida», mientras que la letra c) del apartado 1.º del art. 66 de la LPACAP exige que «la solicitud deberá contener: [...] hechos, razones y petición en que se concrete, con toda claridad, la solicitud», desprendiéndose de ello una manifiesta similitud de ambas figuras. La solicitud debe exponer las causas legales y fácticas en las que se fundamenta la pretensión, todo ello mediante una exposición razonable que no dé pie a confusión, aunque si concurre este supuesto la Administración pública debe emplear el instituto de la subsanación, *ex* art. 68 de la LPACAP.
- Tanto en la interposición de la demanda en el orden civil como en la solicitud en el orden administrativo se funde en un solo acto el inicio del procedimiento y la sustentación de la pretensión, aunque en otros órdenes jurisdiccionales, como por ejemplo en el contencioso-administrativo,

---

<sup>31</sup> CIERCO SIERA, C. *La participación de los interesados en el procedimiento administrativo*. Zaragoza: Colegio de España, 2002, p. 164.

<sup>32</sup> ROYO VILLANOVA, S. «El procedimiento administrativo como garantía jurídica». *Revista de Estudios Políticos*, n.º 48, 1949, p. 63 y ss.



no concurre dicha unidad de acto, pues el inicio del procedimiento ordinario tiene lugar con la interposición del recurso contencioso-administrativo (art. 45 de la Ley 29/1998, de 1 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; en adelante «LCJA»), mientras que la pretensión procesal se ejercita en un momento posterior, esto es, con la demanda *ex* art. 52 de la referenciada *ut supra*<sup>33</sup>. Lo mismo podemos decir respecto del Derecho militar, puesto que en el procedimiento contencioso-disciplinario militar, por un lado, acontece la interposición del recurso jurisdiccional, *ex* art. 474 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, procesal militar y, por otro lado, en trámite jurisdiccional diferente tiene lugar la interposición de la demanda, *ex* art. 480 de la ley antedicha, aconteciendo así la separación del escrito de inicio del procedimiento del escrito de sustantación de la pretensión. En cuanto a la pretensión procesal.

## 4.2. Asociaciones profesionales *versus* presentación de solicitudes

### 4.2.1. ¿A qué nos referimos?

La pluralidad y diversidad de solicitudes que puede formular una asociación profesional atendiendo a su naturaleza hace harto complicada la tarea de sistematizarlas todas ellas en un mismo estudio. Aquí nos centraremos en aquellas solicitudes en las que concurre un interés legítimo de la asociación profesional, lo que ocasiona la radicación al amparo de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de un procedimiento administrativo por parte de la Administración militar. Sin perjuicio de lo anterior, existen otro tipo de solicitudes que las asociaciones profesionales pueden interponer, pero cuya regulación queda supeditada a un procedimiento especial perfectamente reglado. Nos referimos, particularmente, a las solicitudes de información de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Asimismo, bajo el *nomen iuris* de solicitudes las asociaciones profesionales pueden presentar escritos cuya naturaleza dista mucho ser de una verdadera solicitud —en el sentido jurídico anteriormente expuesto—, hallándonos más bien ante recursos administrativos en tanto en cuanto su finalidad no es otra que modificar un acto administrativo o peticiones graciables (sujetas a una normativa específica como es la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, del Derecho de Petición), cuya resolución se fundamentará en unas normas diferentes.

La elección por parte del legislador del término *solicitud* en la configuración del contenido adicional de este derecho fundamental no resulta baladí. No en vano, entendemos que el empleo de este término jurídico debe analizarse a la luz de lo previsto en el art. 66 de la LPACAP, norma capital del orden administrativo y, por ende, del derecho público. Ahora bien, el *nomen iuris* empleado en la descripción del derecho subjetivo en cuestión no puede conducirnos inexorablemente

<sup>33</sup> GUASP, J. y ARAGONESES, P., *op. cit.*, p. 323.

y en todo término al concepto de solicitud analizado anteriormente, pues habrá que determinar la naturaleza del escrito y la pretensión sostenida para corroborar que efectivamente nos hallamos ante una solicitud que da derecho al inicio de un procedimiento administrativo. En cualquier caso, de lo que no cabe duda es de que las asociaciones profesionales inscritas en el registro de asociaciones profesionales de las FAS tienen derecho a pedir a la Administración militar una actuación concreta —ya sea activa, omisiva o de reconocimiento—, todo ello mediante la presentación de un escrito de naturaleza administrativa que debe calificarse como un acto jurídico, y que podrá dar lugar a la iniciación de un procedimiento no formalizado *sui generis*. La solicitud presentada debe contener la pretensión sostenida, la cual debe guardar una relación directa con los fines de la asociación profesional, lo que forzosamente comporta que deberá estar relacionada con los intereses sociales, económicos y profesionales de sus asociados. La justificación de lo anterior se debe a que si nos hallamos ante una norma orgánica que reconoce y regula el derecho de asociación profesional en las FAS, lo apropiado es que el contenido adicional añadido por el legislador guarde una relación directa con esa actividad profesional que se pretende promover y defender, y que, por otro lado, forma parte del contenido esencial del derecho fundamental analizado. De ahí que aquellas pretensiones que no están estrechamente vinculadas con los fines de las asociaciones profesionales no puedan admitirse, debiéndose decretar por la Administración militar su inadmisión, al tratarse de solicitudes de reconocimiento de derechos no previstos en el ordenamiento jurídico, todo ello en aplicación de lo previsto en el apartado 5.º del art. 88 de la LPACAP.

Sea como fuere, con fundamento en la teoría de la acción, trasladable al orden administrativo, el ejercicio de esta acción legal por parte de las asociaciones profesionales ocasiona que la Administración militar tenga la obligación de resolver sobre lo solicitado, *ex* apartado 1.º del art. 21 de la LPACAP, sin perjuicio de la concurrencia del instituto del silencio administrativo que opera en este orden y que debe entenderse como una garantía para el interesado, pues a pesar de que la Administración no ha resuelto formalmente, la inactividad producida adquiere un significado jurídico, algo lógico al tratarse de un acto administrativo presunto que permitirá a los interesados entender su pretensión estimada o desestimada, pudiendo en este último caso acudir a los recursos administrativos y, por último, al orden jurisdiccional, al tratarse de un supuesto de inactividad impugnabile en el orden contencioso-administrativo, *ex* art. 25 de la LJCA<sup>34</sup>.

#### 4.2.2. Diferencia con el derecho de petición

El derecho a dirigir solicitudes que estamos tratando no debe confundirse con el derecho de petición reconocido en el art. 29 de la Constitución española, a pesar de que la solicitud en cuestión deba contener una petición. Si acudimos

---

<sup>34</sup> Para una mejor comprensión del silencio administrativo, acudir a los arts. 24 y 25 de la LPACAP. Véase BOCANEGRA SIERRA, R., *Lecciones sobre el acto administrativo*. Madrid: Thomson-Civitas, 2006, p. 93 y ss.

al art. 16 de la LODDFAS, precepto legal que desarrolla el derecho de petición en la institución castrense, podemos observar que el legislador lo ha reconocido para el militar profesional en los supuestos y con las formalidades previstas en la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, del Derecho de Petición, pero en todo caso de manera individual y no colectiva. Lo característico del derecho de petición —en su vertiente negativa— es que su ámbito de aplicación no alcanza a aquellas solicitudes en las que el ordenamiento jurídico prevé para su satisfacción un procedimiento específico distinto al determinado en la citada Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre. Siendo conscientes de que el derecho de petición se caracteriza por su supletoriedad respecto a los procedimientos formales específicos de carácter administrativo, ello nos obliga a delimitar su ámbito a lo estrictamente discrecional o graciable, esto es, a todo aquello que no deba ser objeto de un procedimiento especialmente regulado<sup>35</sup>.

Teniendo en consideración estas premisas, y sabedores de las diferencias existentes entre una solicitud cuya tramitación se efectúa al amparo de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, y el ejercicio del derecho de petición, nos tenemos que preguntar si el ejercicio de este derecho fundamental en materias propias de defensa por parte de una asociación profesional puede dar lugar a una petición colectiva, comportamiento proscrito en el orden militar<sup>36</sup>. Así las cosas, cuando se ejerce el derecho de petición por una asociación profesional, lo que verdaderamente sucede es que el representante de la asociación profesional —militar profesional a la postre— está formalizando una petición en nombre y representación de los asociados —quienes también son militares profesionales—, motivo por el cual podría pensarse que nos hallamos ante una petición colectiva encubierta<sup>37</sup>. Expuesto el problema, a nuestro juicio ningún ilícito disciplinario concurre por el hecho de que el representante de una asociación profesional ejerza el derecho de petición en el ámbito de materias propias de defensa. Para justificar esta respuesta, en primer término tenemos que partir del hecho de que los derechos fundamentales deben interpretarse bajo el postulado *favor libertatis*, lo que comporta que debe primar en todo momento una interpretación favorable a su ejercicio, y solamente en aquellos supuestos en los que no quede margen de duda sobre la limitación acordada por el legislador puede efectuarse una interpretación restrictiva a su ejercicio. En segundo término, la propia Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, del Derecho de Petición, en su apartado 2.º del art. 4 prescribe que «*en el caso de peticiones colectivas, además de cumplir los requisitos anteriores, serán firmadas por todos los peticionarios, debiendo figurar, junto a la firma de cada uno*

<sup>35</sup> PASCUA MATEO, F., *op. cit.*, p. 516 y 525; PEÑARRUBIA IZA, J., *op. cit.*, p. 401 y ss.; FERNÁNDEZ GARCÍA, I., *op. cit.*, p. 511 y ss.

<sup>36</sup> Resulta importante significar que la limitación del derecho de petición en nuestro ordenamiento jurídico debe relacionarse solamente con materias del ámbito de defensa, no concurriendo dicha limitación en aquellas peticiones colectivas que guardan relación con otras materias ajenas al ámbito anteriormente referido. Véase PASCUA MATEO, F., *op. cit.*, p. 540 a 544; FERNÁNDEZ GARCÍA, I., *op. cit.*, p. 515 y 516.

<sup>37</sup> Para un estudio detallado del ilícito disciplinario de formular peticiones colectivas, véase PIGNATELLI y MECA, F. «Reclamaciones, peticiones o manifestaciones contrarias a la disciplina, falsas, con publicidad o sediciosas». *Comentarios a la Ley disciplinaria de las Fuerzas Armadas*. Madrid: Ministerio de Defensa, 2000, p. 400 y ss.

*de ellos su nombre y apellidos*». En suma, la nota característica de una petición colectiva es que vaya suscrita por todos los peticionarios, motivo por el cual, si el escrito de petición solamente está firmado por el representante de la asociación profesional, la acción llevada cabo no reuniría las características de una petición colectiva, no pudiendo por ello ser objeto de reproche disciplinario alguno. Sobre esta cuestión, ciertamente hay que reseñar que la norma disciplinaria debe interpretarse en sentido restrictivo, por lo que existiendo en nuestro ordenamiento jurídico una norma que prevé cuándo nos hallamos ante una petición colectiva, lo suyo es que la autoridad disciplinaria interprete dicho término en el sentido normativo existente, pues de lo contrario nos hallaríamos ante una interpretación *in extenso* del tipo disciplinario que podría menoscabar el principio de legalidad<sup>38</sup>.

### 4.3. La legitimación necesaria

Habiéndose determinado que las asociaciones profesionales de las FAS tienen reconocido el *derecho a dirigir solicitudes relacionadas con sus fines*, y que estas solicitudes no son más que una acción legal de naturaleza administrativa dirigida a la Administración militar en la que se contiene una pretensión, originándose así un procedimiento administrativo en el que el interesado tiene derecho a obtener una resolución motivada, todo ello de conformidad con lo previsto en el art. 66 de la LPACAP, resulta ahora pertinente determinar la legitimación que aquellas ostentan para instar la radicación de procedimientos administrativos en defensa de los intereses profesionales, económicos y sociales de sus asociados, así como para interponer recursos administrativos, lo que forzosamente nos conduce a efectuar una breve aproximación sobre la teoría general de la legitimación, siendo trasladable la misma al asunto que nos ocupa.

#### 4.3.1. Aproximación al instituto de la legitimación

Ciertamente, el instituto de la legitimación resulta capital para poder ser parte en todo procedimiento administrativo. De hecho, quien no la ostente no podrá ejercer las acciones legales de naturaleza administrativa propias de una solicitud ante la Administración, al igual que tampoco podrá interponer recursos administrativos, por mor de lo establecido en la letra *d*) del art. 116 de la LPACAP, precepto que sanciona la inadmisibilidad del recurso interpuesto al recurrente que carece de legitimación. Así las cosas, la legitimación implica una singular cualificación específica del actor con el objeto de la pretensión contenida en la solicitud, la cual se denomina *interés legítimo*<sup>39</sup>. Nuestro ordenamiento

---

<sup>38</sup> Para comprender en profundidad la interpretación extensiva atentatoria del principio de legalidad, véase GIL GIL, A., LACRUZ LÓPEZ, J. M., MELENDO PARDOS M. y NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J. *Curso de Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Dykinson, 2011, p. 47 y ss.

<sup>39</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. *Curso de Derecho administrativo*, II, Madrid: Thomson-Civitas, 2006, p. 483 y ss.; GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, I. Madrid: Civitas, 1998, p. 446 y ss.

jurídico, a raíz de la aprobación de la Ley de leyes, ha propugnado que todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus *derechos e intereses legítimos*, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión, *ex* apartado 1.º del art. 24 de la Constitución española. Esta declaración ha supuesto un cambio manifiesto, dado que anteriormente las normas jurisdiccionales y de procedimiento administrativo se referían a un «*interés directo*», de contenido más restringido que el «*interés legítimo*» expresado en la Constitución, tal y como se desprende de lo contenido en la Sentencia 61/1983, de 11 de julio, del Tribunal Constitucional. Por ello, las normas procedimentales han adecuado su contenido al interés legítimo proclamado por la Ley de leyes. Así, el art. 19 de la LJCA enumera a las personas o entidades que están legitimados, siendo, entre otros, aquellas «*personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo; y las corporaciones, asociaciones, sindicatos [...] que resulten afectados o estén legalmente habilitados para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos [...]*», mientras que el apartado 3.º del art. 7 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, indica que «*los Juzgados y Tribunales protegerán los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. Para la defensa de estos últimos se reconocerá la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción*».

El orden administrativo no podía ser ajeno a las prescripciones procesales anteriores, de ahí que en el art. 4 de la LPACAP se regule el concepto de *interesado*, sosteniéndose lo siguiente:

*«1. Se consideran interesados en el procedimiento administrativo:*

*a) Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos.*

*b) Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte.*

*c) Aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.*

*2. Las asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales serán titulares de intereses legítimos colectivos en los términos que la Ley reconozca.*

*3. Cuando la condición de interesado derivase de alguna relación jurídica transmisible, el derecho-habiente sucederá en tal condición cualquiera que sea el estado del procedimiento».*

En este orden de cosas, al margen de los supuestos en los que se reconozca la acción pública o popular en el orden administrativo<sup>40</sup>, el eje central de la legi-

<sup>40</sup> Entre algunos de los supuestos de acción pública en el orden administrativo, encontramos el previsto en el art. 5.f) del texto refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, el cual dispone que «*todos los ciudadanos tienen*

timación se construye desde el concepto del interés legítimo en la pretensión, lo que comporta que su actuación no se deba a un mero interés por la legalidad, sino más bien a la obtención de un beneficio o utilidad en su círculo de intereses, dado que la resolución administrativa va a afectarle de un modo u otro, beneficiándolo o perjudicándolo, pero lo que no puede suceder es que la resolución de la pretensión sea indiferente a la situación del actor, evidenciándose así la ausencia de legitimación, no concurriendo en consecuencia interés legítimo alguno. Obsérvese, por otro lado, que la norma legal antedicha hace expresa referencia a las asociaciones representativas de intereses colectivos, remitiéndose a la titularidad de los mismos en los términos que la ley reconozca, lo que significa para algún autor un reconocimiento expreso de legitimación, aunque condicionado a los términos que diga la ley<sup>41</sup>.

El interés legítimo ha sido definido por el Tribunal Constitucional como *«aquella titularidad potencial de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión»*<sup>42</sup>, mientras que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha dicho que *«es aquel nexo que une a una persona con el proceso que se trata y se caracteriza como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo o negativo, actual o futuro, pero cierto, debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real»*<sup>43</sup>. Atendiendo a esta definición genérica, resulta lógico que los tribunales de justicia hayan sostenido que la determinación de la legitimación en cada procedimiento tiene un carácter casuístico, debiéndose hallar en cada caso concreto la relación o vínculo antedicho entre el actor y su pretensión, de modo que no puede emitirse una respuesta indiferenciada para todos los supuestos<sup>44</sup>. Ello implica que cuando se pone en tela de juicio este presupuesto inexcusable del procedimiento, la carga de demostrar la legitimación incumbe a quien se la arroga.

---

*derecho a ejercer la acción pública para hacer respetar las determinaciones de la ordenación territorial y urbanística, así como las decisiones resultantes de los procedimientos de evaluación ambiental de los instrumentos que las contienen y de los proyectos para su ejecución, en los términos dispuestos por su legislación reguladora»*; el apartado 2.º del art. 8 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, el cual dispone que *«será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y los Tribunales Contencioso-Administrativos el cumplimiento de lo previsto en esta Ley para la defensa de los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español»*; o el apartado 1.º del art. 109 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, el cual establece que *«será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y los Tribunales la observancia de lo establecido en esta Ley y en las disposiciones que se dicten para su desarrollo y aplicación»*.

<sup>41</sup> SANZ RUBIALES, I. «La legitimación de las asociaciones ecologistas en el proceso judicial (comentarios a la STC 34/1994, de 31 de enero)». *Revista de Administración Pública*, n.º 141, 1996, p. 158.

<sup>42</sup> Sentencia 143/1997, de 9 de mayo, del Tribunal Constitucional.

<sup>43</sup> Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo núm. 688/2018, de 26 de abril, Rec. 42/2016.

<sup>44</sup> Por todas, Sentencia 688/2018, de 26 de abril, Rec. 42/2016, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo; Sentencia 116/2016, de 11 de octubre, Rec. 2/65/2016, de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo; Sentencia de 15 de junio de 2018, Rec. 1243/2015, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

Llegados a este punto, tanto la doctrina como la jurisprudencia han diferenciado entre dos tipos de legitimación, a saber, la *legitimatío ad processum* y la *legitimatío ad causam*. La primera tiene que ver, básicamente, con la capacidad o facultad del actor para ser parte en el procedimiento, habiendo sido plasmada en el orden administrativo en el art. 3 de la LPACAP, mientras que la segunda se identifica con la efectiva titularidad activa o pasiva de la relación jurídica concreta deducida en el litigio, siendo una cuestión íntimamente ligada al fondo de la *litis*, estando reconocida en el orden administrativo en el art. 4 de la LPACAP<sup>45</sup>.

#### 4.3.2. La legitimación de las asociaciones profesionales

En este estado de ideas, y centrándonos en las asociaciones profesionales de las FAS, el art. 40 de la LODDFAS les reconoce «*el derecho a dirigir solicitudes relacionadas con sus fines*». Este derecho subjetivo reconocido por el legislador confiere *de iure* a estas asociaciones profesionales legitimación suficiente para presentar solicitudes a la Administración militar y, en consecuencia, radicarse el correspondiente procedimiento administrativo, hallándonos ante una legitimación genérica o *ad processum*. Esta legitimación *de iure* deriva de la exigencia prevista en el apartado 2.º del art. 4 de la LPACAP, al referirse a las asociaciones en los «*términos que la ley reconozca*». Sea como fuere, la meritada legitimación *ad processum* o genérica ha sido con carácter general reconocida por los tribunales en favor de las asociaciones. Así, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha reconocido que los sindicatos —los cuales no son otra cosa que una persona jurídica asociativa de naturaleza singular—, y por extensión las asociaciones de trabajadores —en las que *in genere* estarían encuadradas las asociaciones profesionales de las FAS y de la Guardia Civil—, están legitimados en principio en cualquier procedimiento en donde estén en juego intereses colectivos de los profesionales a quienes se debe dicha asociación<sup>46</sup>. Lo anterior comporta que las asociaciones profesionales con carácter general ostentan una legitimación *ad processum*, pues de lo contrario difícilmente podrían llevar a cabo el objeto de su existencia, esto es, la defensa y promoción de los intereses profesionales, dando lugar a su desnaturalización y afectando al contenido esencial del derecho fundamental analizado.

Por otro lado, este reconocimiento general o *in abstracto* en favor de las asociaciones profesionales de las FAS no puede confundirse con la legitimación *ad causam*, ya que la solicitud solo será admitida si se acredita que la pretensión sostenida guarda una íntima relación con los fines de la asociación profesional —tal y como se desprende del referido art. 40 de la LODDFAS— y concurre un interés legítimo —con fundamento en lo previsto en el art. 4 y 66 de la LPACAP—. Aquí es donde entra en juego la valoración individualizada que debe efectuar la Administración militar, pues a ella le corresponde determinar si existe una relación

---

<sup>45</sup> GÓMEZ ORBANEJA, E. y HERCE QUEMADA, V., *op. cit.*, p. 135 y ss., quienes diferencian claramente los dos tipos de legitimación.

<sup>46</sup> Sentencia 1602/2020, de 16 de octubre, Rec. 794/2018, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

específica entre la pretensión ejercida y la asociación profesional, de suerte que si concurre existirá la legitimación demandada. Así las cosas, la legitimación necesaria de las asociaciones profesionales estará presente cuando se satisfagan los requisitos anteriormente señalados, los cuales, ciertamente, están estrechamente vinculados entre sí, pues la solicitud tiene que estar relacionada con los fines de la asociación y, además, debe existir un interés legítimo en la pretensión instada.

No cabe duda de que el interés profesional de los asociados se erige como un auténtico interés legítimo de naturaleza colectiva para las asociaciones profesionales de las FAS, en tanto en cuanto lo tengan así reconocido en sus estatutos. La mera existencia de derechos subjetivos individuales afectados por una resolución administrativa no significa *per se* que no haya otros intereses colectivos que la asociación profesional tiene el derecho de defender y promover, como son los profesionales, sociales o económicos de sus asociados, encontrándonos así ante una concurrencia de intereses de diferente naturaleza, susceptibles todos ellos de conferir la necesaria legitimación en el procedimiento.

A modo de ejemplo, a continuación, referimos una serie de supuestos ilustrativos que evidencian la necesidad de defender los intereses profesionales en concurrencia con otros intereses:

La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en la sentencia de 17 de junio de 2009, Rec. 99/2009, estima la legitimación activa de una asociación profesional de la Guardia Civil para recurrir jurisdiccionalmente el nombramiento de un capitán interventor del Cuerpo de Intervención Militar (FAS) en un destino de la Inspección de Personal y Servicios de Seguridad de la Secretaría de Estado del Ministerio de Interior, el cual estaba reservado solo para policías nacionales y guardias civiles. La sala considera que la resolución recurrida afecta tanto a derechos subjetivos individuales como a *intereses profesionales de naturaleza colectiva de la Guardia Civil*, cuya defensa tiene atribuida la asociación profesional en sus estatutos, de ahí que se aprecie la legitimación para recurrir en sede contencioso-administrativa el nombramiento efectuado, el cual, por cierto, es posteriormente revocado por la Audiencia Nacional, decidiendo que debe recaer en un componente de la Policía Nacional o de la Guardia Civil.

El Tribunal Constitucional, en la sentencia núm. 24/1987, de 25 de febrero, entiende que se ha producido la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de una asociación de fiscales a la cual se ha inadmitido todo recurso efectuado contra el nombramiento de un fiscal del Tribunal Supremo, al considerar que la interpretación llevada a cabo resulta claramente restrictiva, dado que la resolución impugnada *«incide directamente en el interés profesional relativo a que la promoción a Fiscal del Tribunal Supremo se lleve a cabo correctamente»*. El juez constitucional entiende que la pertenencia a la carrera fiscal impide a sus integrantes pertenecer a partidos políticos y sindicatos, vicisitud que conlleva que la constitución de asociaciones profesionales sea *«el único cauce que tiene la carrera fiscal para defender sus intereses profesionales y ello es un argumento más para su legitimación para promover procesos en defensa de dichos intereses deba potenciarse y entenderse en el sentido amplio que se deja razonado, concediéndola siempre que los actos y disposiciones contra los que recurra incidan perjudicialmente en sus*



*legítimos intereses asociativos*». Evidentemente, esta consideración del Tribunal Constitucional resulta trasladable *mutatis mutandi* a los integrantes de las Fuerzas Armadas, quienes a través de las asociaciones profesionales de las FAS podrán promover la defensa de sus derechos e intereses profesionales, económicos y sociales, puesto que a los mismos se les exige una absoluta neutralidad política y se les veda toda posibilidad de sindicarse o de realizar actividades de naturaleza sindical, so pena de incurrir en las correspondientes infracciones disciplinarias tipificadas en la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, de suerte que la constitución de asociaciones profesionales se vislumbra como un mecanismo más en la defensa y promoción de los intereses profesionales de los militares.

El Tribunal Constitucional, en la sentencia 52/2007, de 12 de marzo, considera que la defensa y promoción de los intereses profesionales no puede descansar solamente en los sindicatos y colegios profesionales, sino también en otras entidades con personalidad jurídica como son las asociaciones profesionales, todo ello al amparo del derecho de asociación previsto en el art. 22 de la Constitución española.

Ahora bien, tampoco podemos desconocer que la sola circunstancia de que las asociaciones profesionales de las FAS tengan reconocido en sus estatutos la defensa y promoción de los intereses profesionales, económicos o sociales de sus asociados, no les inviste de la necesaria legitimación *ad causam*, básicamente porque estas asociaciones no pueden convertirse en guardianes de la legalidad, fiscalizando cualquier actuación administrativa que les convenga. Asimismo, aquellas pretensiones que tengan por objeto acreditar defectos procedimentales de una actuación administrativa deben calificarse como pretensiones en defensa de la legalidad, debiendo ser por tanto inadmitidas, al carecer de legitimación<sup>47</sup>. Por ello, a las asociaciones profesionales —como personas jurídicas que son— se les exige lo mismo que a las personas naturales, a saber, la existencia de un interés legítimo, con la diferencia de que con carácter general este interés para las asociaciones será de naturaleza profesional y colectiva. Una muestra de ello se desprende de lo enjuiciado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en un supuesto en donde se impugna una resolución administrativa de la Dirección General de la Guardia Civil por la que se deja desierta una vacante de libre designación a pesar de que existieron peticionarios, siendo uno de ellos asociado de la asociación profesional demandante. La sala considera que la asociación profesional carece de legitimación *ad causam*, toda vez que del supuesto enjuiciado se desprende que el interés objeto de protección no es la defensa de un interés profesional y colectivo de sus asociados, sino meramente el interés individual de uno de ellos, dado que el beneficio que se obtendría de un resultado positivo solamente afectaría a un asociado, no al colectivo en su conjunto<sup>48</sup>.

---

<sup>47</sup> Para un estudio en profundidad de los defectos procedimentales, véase GARCÍA LUENGO, J. *Las infracciones formales como causa de invalidez del acto administrativo. Un estudio sobre el artículo 48.2 de la Ley 39/2015*. Madrid: Iustel, 2016, p. 93 y ss.

<sup>48</sup> Sentencia 65/2014, de 3 de febrero, Rec. 360/2011, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. En términos semejantes, sentencia de 26 de enero de 2012, Rec. 545/2010, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

Por otro lado, los tribunales de justicia no han tenido reparos en reconocer legitimación suficiente a las asociaciones profesionales cuando existe un interés profesional colectivo. Así, en un supuesto en que una asociación profesional de la Guardia Civil (asociación de oficiales de la Guardia Civil) impugna una convocatoria de vacantes de libre asignación para oficiales del Cuerpo, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid les reconoce legitimación, pues la acción no está dirigida contra una resolución asignando destinos de manera individualizada, en cuyo caso correspondería a los excluidos o afectados, sino que se trata de accionar contra una convocatoria que no resuelve sobre derechos subjetivos individuales y que, caso de prosperar, beneficiaría a los asociados de la asociación<sup>49</sup>. Si la asociación profesional defiende un interés individual, estaremos ante un supuesto de representación procesal regulado en el art. 5 de la LPACAP, el cual, por cierto, también está permitido en el orden administrativo siempre y cuando el afectado lo haya otorgado a la asociación profesional y esta posibilidad esté contenida en sus estatutos. Al margen de lo anterior, si la asociación quiere actuar en su propio nombre, debe accionar en supuestos en donde estén en juego intereses colectivos de sus asociados, no meros derechos subjetivos individuales de alguno de ellos, pues en este caso nos hallaríamos ante un interés individual.

En conclusión, las asociaciones profesionales de las FAS deben acreditar un interés legítimo en su pretensión, siendo el mismo equiparable, en términos generales, al interés profesional y colectivo de sus asociados, desprendiéndose de ello que la defensa de los derechos subjetivos individuales de alguno de sus asociados no irroga la legitimación requerida al efecto, al tratarse de un interés individual en lugar de uno colectivo, a excepción de los supuestos de representación procesal. Además, la Administración militar, a la hora de valorar la admisibilidad de las solicitudes, deberá en todo momento tener presente el principio *pro actione* que impera en el orden administrativo, lo que determina que debe realizarse la interpretación más favorable al ejercicio de la acción legal de naturaleza administrativa, a fin de que el actor pueda obtener una resolución sobre el fondo del asunto y no se le inadmita su solicitud por cuestiones formales.

#### **4.4. Interposición de recursos administrativos**

La facultad de las asociaciones profesionales para interponer recursos administrativos encuentra su razón de ser en la norma común que rige el derecho administrativo, a saber, la Ley 39/2015, de 1 de octubre. En esta cuestión, el legislador no ha reconocido a las asociaciones profesionales de las FAS un derecho subjetivo como el previsto en el art. 40 de la LODDFAS, motivo por el cual la determinación de la legitimación para interponer tales escritos impugnatorios debe fundamentarse en las normas generales de la referida Ley 39/2015, de 1 de

---

<sup>49</sup> Sentencia 177/2013, de 1 de febrero, Rec. 802/2011, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

octubre, so pena de que, en caso de carecer de legitimación el recurrente, procederá decretarse la inadmisibilidad del recurso *ex art. 116.b)* de la LPACAP.

La constante e ingente producción de actos administrativos por parte de la Administración militar ocasiona que algunos de ellos puedan perjudicar intereses colectivos cuya defensa y representación ostentan las asociaciones profesionales. Pensemos en convocatorias de procesos selectivos, publicación de vacantes u otros actos que están dirigidos al colectivo militar. En estos casos, si la asociación profesional recurrente demuestra la titularidad de un interés legítimo que fundamenta la impugnación del acto, lo que debe determinarse de manera individualizada, caso por caso, la Administración militar deberá admitir el recurso y resolver sobre el fondo. Las resoluciones judiciales dictadas en virtud de los diferentes recursos jurisdiccionales interpuestos por las asociaciones judiciales y fiscales, a la postre, asociaciones profesionales, pueden orientarnos sobre la legitimación requerida para la interposición de recursos en el orden administrativo:

El Tribunal Constitucional y la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo han admitido la legitimación de estas asociaciones para impugnar el nombramiento de un fiscal del Tribunal Supremo y la presidencia de un Tribunal Superior de Justicia, todo ello al considerar que existe un interés profesional en que la promoción de una determinada carrera se lleve a efecto por el procedimiento establecido legalmente de valorar los principios constitucionales de mérito y capacidad, no pudiendo escudarse la Administración en su margen de discrecionalidad para laminarlo<sup>50</sup>.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha admitido la legitimación de una asociación profesional de jueces que impugna un acuerdo del Consejo General del Poder Judicial mediante el cual se regulan las pautas para la elaboración de una terna de candidatos para la elección de juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, indicando que *«los miembros de la carrera judicial tienen derecho a constituir para la defensa de ese interés, precisamente, porque la Constitución prohíbe a los Jueces y Magistrados, mientras se hallen en activo, pertenecer a partidos políticos y a sindicatos. Esta circunstancia cualifica a estas asociaciones profesionales frente a las que surgen del ejercicio del derecho fundamental reconocido por el artículo 22 de la Constitución, aproximándolas a la posición que asigna a los sindicatos»*<sup>51</sup>. Esta argumentación puede trasladarse perfectamente al ámbito de las asociaciones profesionales de las FAS, pues los militares también tienen vetada la pertenencia a partidos políticos y sindicatos, pudiendo estas circunstancias cualificarlas, a los únicos efectos de entender una legitimación amplia para defender los intereses profesionales de los militares de las FAS, sin que pueda confundirse este reconocimiento con el ejercicio de cualquier actividad sindical.

---

<sup>50</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 24/1987, de 25 de febrero; Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2012, Rec. 146/2011.

<sup>51</sup> Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo núm. 968/2017, de 31 de mayo, Rec. 88/2017.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo no admite la legitimación de una asociación de jueces que impugna el nombramiento de jueces por el turno de juristas de reconocida competencia, al entender que únicamente se limita a invocar la genérica defensa de los intereses profesionales, entendiendo que el «*acto impugnado incide en determinados requisitos y condiciones pero no identifica de manera alguna en qué consiste tal incidencia y menos aún su relación con el concreto contenido del acto impugnado, cuestión que resulta determinante para poder examinar la concurrencia de ese vínculo especial entre los fines de la Asociación y el objeto del proceso, máxime cuando no concurre ningún miembro de dicha Asociación afectado por el proceso selectivo y se trata de la regulación de un sistema de acceso entre juristas de reconocida competencia, no pertenecientes con anterioridad a la carrera judicial*»<sup>52</sup>. La última apreciación de la sentencia resulta relevante, pues de la misma se colige que para apreciar la legitimación de las asociaciones profesionales resulta capital que el acto que se pretende impugnar afecte directa o indirectamente a sus asociados; en suma, que les beneficie o perjudique de alguna manera el acto dictado.

#### 4.5. El procedimiento para resolver la solicitud y los recursos

A consecuencia de que el procedimiento para resolver una solicitud de una asociación profesional de las FAS está parcialmente regulado, consideramos oportuno abordar sumariamente la naturaleza y el concepto del procedimiento administrativo en nuestro ordenamiento jurídico para, posteriormente, analizar las peculiaridades del *iter* administrativo que debe observar la Administración militar para resolver las solicitudes de las meritadas asociaciones.

##### 4.5.1. El procedimiento administrativo

Desde antaño, en el orden administrativo el instituto central que ha ocupado ríos de tinta y discusión jurídica ha sido el acto administrativo. Incluso se ha considerado que el procedimiento administrativo carecía de toda sustantividad, siendo su única finalidad el servir de cauce para dictar el acto administrativo que ponía fin al procedimiento, hallándonos así ante la consideración del procedimiento como un mero instrumento para alcanzar un fin<sup>53</sup>. Este pensamiento, en la actualidad, no puede imperar en toda su extensión, máxime cuando se ha demostrado que el procedimiento administrativo sí goza de sustantividad, pues el mismo puede concluir sin dictarse resolución administrativa mediante la terminación convencional prevista en el art. 85 de la LPACAP<sup>54</sup>.

---

<sup>52</sup> Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2012, Rec. 545/2010.

<sup>53</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *op. cit.*, p. 454; CIERCO SEIRA, C., *op. cit.*, p. 33; GONZÁLEZ PÉREZ, J. y GONZÁLEZ NAVARRO, F., *op. cit.*, p. 47; ROYO VILLANOVA, S., *op. cit.*, p. 55.

<sup>54</sup> CIERCO SEIRA, C., *op. cit.*, p. 34.

Si bien es cierto que el objeto del procedimiento administrativo es servir de *iter* procedimental para que la Administración pública dicte una resolución que ponga fin a una pretensión o para asegurar la correcta eficacia del interés general o público<sup>55</sup>, no resulta menos cierto que dicho cauce procedimental se erige como un mecanismo jurídico tendente a garantizar los derechos de los interesados y el acierto de la Administración en sus decisiones, evitándose así todo atisbo de arbitrariedad o desviación de poder. Ello es así en tanto en cuanto la Administración no puede actuar de manera libérrima en su actividad administrativa; más bien todo lo contrario, se halla sujeta a una serie de trámites y garantías que debe satisfacer, so pena de que los actos dictados incurran en un vicio de nulidad (art. 47 de la LPACAP) o de anulabilidad (art. 48 de la LPACAP), todo ello por mor del principio de legalidad que impera en nuestro ordenamiento jurídico, *ex* arts. 9 y 103 de la Constitución española y art. 3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público. Muestra de ello es que los actos administrativos dictados por la Administración pública deben ajustarse al procedimiento establecido, de conformidad con lo previsto en el apartado 1.º del art. 34 de la LPACAP, lo que implica que el procedimiento se erige como un mecanismo de control de la actividad administrativa, pues si el acto no cumple las exigencias instituidas en el cauce procedimental, probablemente nos hallemos ante un defecto de forma, es decir, ante un acto anulable<sup>56</sup>. Esta rigurosidad en la observancia del procedimiento se justifica porque nos encontramos ante actos *inter partes* en los que opera el principio de contradicción, al concurrir interesados que defienden sus intereses legítimos, de ahí que puedan verse afectados sus derechos fundamentales<sup>57</sup>. A causa de ello, el procedimiento administrativo ha adquirido una notable caracterización, propia y sustantiva, al margen del núcleo esencial del acto administrativo, toda vez que la Administración pública como persona jurídica que se erige en juez y parte debe respetar aquellos derechos subjetivos que nuestro ordenamiento jurídico ha calificado como fundamentales y que operan en el susodicho procedimiento, garantizándose así la plena eficacia del Estado de derecho que nos caracteriza.

En este orden de cosas, la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha sostenido que el procedimiento administrativo es el medio a través del cual la Administración pública desarrolla su actividad pública y ejerce sus potestades<sup>58</sup>, significando además que el mismo es consecuen-

---

<sup>55</sup> CASADO GAMERO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S. *Manual básico de derecho administrativo*. Madrid: Tecnos, 2016, p. 424; ROYO VILLANOVA, S., *op. cit.*, p. 57 y 64, quien acertadamente indica que el derecho administrativo tiene como fin principal satisfacer el interés el general, quedando en un segundo plano el interés de los particulares; GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *op. cit.*, p. 455, quienes defienden la doble finalidad del procedimiento administrativo, al entender que la defensa de las garantías de los administrados no agota el procedimiento, el cual también se caracteriza por asegurar el interés general.

<sup>56</sup> MUÑOZ MACHADO, S. *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*. Madrid: Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado, 2017, p. 59.

<sup>57</sup> MAURER, H., *Derecho administrativo alemán*. Universidad Nacional Autónoma de México, 2012, p. 479; CASADO GAMERO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S., *op. cit.*, p. 423.

<sup>58</sup> Sentencia 1160/2020, de 14 de septiembre, Rec. 5442/2019, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo; CASADO GAMERO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S., *op. cit.*, p. 423.

cia de una reacción más del Estado de derecho frente a la asunción de potestades autoritarias por la Administración, teniendo una doble finalidad, consistente en servir de garantías de los derechos individuales y de orden de la Administración y de justicia y acierto en sus resoluciones<sup>59</sup>. Asimismo, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha considerado que el procedimiento administrativo no se concibe como una carrera de obstáculos que hayan de superarse por el interesado para obtenerse sin más una resolución final, sino todo lo contrario: ha sido concebido como un cauce ordenado capaz de garantizar la legalidad y el acierto de la resolución final dentro del más absoluto respeto de los derechos de los particulares<sup>60</sup>.

Estas consideraciones sobre el procedimiento administrativo han sido recogidas con carácter general en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, en cuya exposición de motivos se indica que «*el procedimiento administrativo es el conjunto ordenado de trámites y actuaciones formalmente realizadas, según el cauce legalmente previsto, para dictar un acto administrativo o expresar la voluntad de la Administración*» debiendo «*garantizar el adecuado equilibrio entre la eficacia de la actuación administrativa y la imprescindible salvaguarda de los derechos de los ciudadanos [...]*». De otra parte, en la ley alemana de procedimiento administrativo, o *Verwaltungsverfahrensgesetz* (en adelante, «VwVfG»), se define el mismo en su art. 9 de la siguiente manera:

*«A los efectos de la presente ley, el procedimiento administrativo consiste en la actividad de las autoridades administrativas que producen efectos externos a la Administración dirigido al control de los presupuestos, a la preparación y a la emisión de un acto administrativo o a la conclusión de un contrato de derecho público; abarca la emisión de un acto administrativo o la conclusión de un contrato de derecho público».*

Igualmente, la doctrina entiende que el procedimiento administrativo consiste en una serie de actuaciones que ha de realizar la Administración, observando un conjunto de formalidades y trámites para dictar sus acuerdos o resoluciones<sup>61</sup>; también se ha entendido que es la ordenación de una serie de actuaciones, o la concatenación de diferentes trámites, cuyos efectos jurídicos están vinculados entre sí para la producción de una decisión administrativa<sup>62</sup>. De las definiciones propuestas se infiere en todo momento la doble finalidad del procedimiento administrativo, como garantía para los administrados e interesados y como medio para que la Administración pública satisfaga el interés general de manera ajustada a derecho y con pleno respeto de las formalidades configuradas, a fin de evitar cualquier arbitrariedad<sup>63</sup>.

---

<sup>59</sup> Sentencia de 21 de junio de 2006, Rec. 5474/2001, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

<sup>60</sup> Sentencia 408/2017, de 7 de julio, Rec. 107/2016, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

<sup>61</sup> ROYO VILLANOVA, S., *op. cit.*, p. 55.

<sup>62</sup> GALLEGO ANABITARTE, A. y MENÉNDEZ REXACH, A., *Acto y procedimiento administrativo*, Barcelona: Marcial Pons, 2001, p. 135.

<sup>63</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *op. cit.*, p. 454.

A consecuencia de la tremenda diversidad de especialidades en el orden administrativo por razón de la materia, existen tanto procedimientos ordinarios como especiales, siendo los primeros aquellos que se integran y discurren con carácter general a través de los trámites y presupuestos contenidos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, mientras que los segundos se integran por leyes especiales cuya aplicación prima sobre esta última, en virtud del postulado *lex specialis derogat legi generali*, sin perjuicio de su aplicación supletoria en todo aquello que no esté específicamente regulado en la norma especial. Por otro lado, también podemos referirnos a procedimientos formalizados y procedimientos no formalizados —como se deduce de la sentencia de 12 de febrero de 1986 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo—. Los primeros son aquellos que el legislador ha configurado de manera preestablecida, debiendo observar la Administración pública el orden ritual prescrito para ejercer las potestades públicas o dictar resolución a la *litis* administrativa planteada, so pena de incurrir en vicios procedimentales, mientras que los segundos son «*aquellos otros en que se deja en libertad al instructor para fijar la tramitación*», por lo que no queda más remedio que acudir al procedimiento administrativo común para instruir las actuaciones y dar efectividad a los trámites y garantías que deben observarse en todo procedimiento<sup>64</sup>. Conviene significar que esta clasificación tiene acogida en el derecho administrativo alemán, ya que, en la ley alemana de procedimiento administrativo, o VwVfG, se infiere la existencia de un procedimiento no formalizado y otro formal<sup>65</sup>.

#### 4.5.2. *El procedimiento ante la Administración militar*

Las premisas anteriormente expuestas son perfectamente trasladables al procedimiento que debe seguir la Administración militar para dar respuesta a las solicitudes de las asociaciones profesionales de las FAS, sabedores de la posibilidad de que los trámites generales reconocidos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, pueden ser objeto de alguna peculiaridad procedimental que venga impuesta por una norma reglamentaria, principalmente referidas a los órganos competentes, plazos del procedimiento por razón de la materia, formas de iniciación y terminación, publicación e informes a recabar, todo ello con base en lo dispuesto en el apartado 2.º del art. 1 de la LPACAP. En realidad, a nuestro juicio esto es lo que sucede en el procedimiento seguido ante la Administración militar para resolver las solicitudes de las asociaciones profesionales de las FAS.

Efectivamente, nuestro ordenamiento jurídico prevé en la disposición adicional 2.ª del Real Decreto 910/2012, de 8 de junio, por el que se aprueba el Reglamento del Consejo de Personal de las Fuerzas Armadas (en adelante, «el Reglamento»), disposición que lleva por título «Relación con las asociaciones profesionales», un procedimiento no formalizado *sui generis* en relación con las

---

<sup>64</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, J. y GONZÁLEZ NAVARRO, F., *op. cit.*, p. 99 y 100; PARADA VÁZQUEZ, R. *Derecho administrativo. Parte General*. Madrid: Marcial Pons, 1994, p. 233.

<sup>65</sup> MAURER, H., *op. cit.*, p. 471.

solicitudes de las asociaciones profesionales de las FAS que dirijan a la Administración militar, cuyo tenor es el siguiente:

*«1. En sus relaciones con el Ministerio de Defensa, las asociaciones profesionales se dirigirán y recibirán información exclusivamente a través de la secretaría permanente del Consejo de Personal regulada en el reglamento que se aprueba, sin perjuicio de las acciones que, fuera del ámbito de este ministerio, puedan ejercer al amparo de lo previsto en los artículos 40.1.a), 40.2.b) y 40.2.c) de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas.*

*2. Una vez que las propuestas, informes, solicitudes o sugerencias sean recibidas en la secretaría permanente, se procederá a su estudio y en el caso de que la asociación proponga el tema para ser debatido en el Consejo de Personal, se incluirá en el correspondiente orden del día, si el presidente lo estima procedente.*

*3. Cuando la asociación eleve una propuesta, solicitud o sugerencia y considere que no es necesario su debate en el Consejo de Personal, así lo hará constar y en este caso la secretaría permanente del Consejo de Personal remitirá el asunto a los órganos directivos del Ministerio de Defensa o de personal de los correspondientes ejércitos para su valoración.*

*La secretaría permanente del Consejo del Personal deberá notificar a dicha asociación la resolución adoptada o la respuesta motivada a su solicitud».*

La calificación como procedimiento no formalizado *sui generis* se debe a que el *iter* procedimental que debe observar la Administración militar no está regulado de manera exhaustiva y completa, sino más bien todo lo contrario: se caracteriza por que se prevén una serie de peculiaridades procedimentales contenidas en una norma reglamentaria que deben completarse con la norma general. A nuestro juicio, este proceder no resulta irregular —sabedores de que el art. 105.c) de la Constitución española habilita solamente a la ley para regular «*el procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado*»—, en tanto en cuanto la norma reglamentaria se limita a regular únicamente una serie de especialidades procedimentales, con fundamento en lo previsto en el apartado 2.º del art. 1 de la LPACAP. Ello significa que todo aquello que no se halle sujeto a las especialidades previstas debe ser completado e integrado con los trámites y garantías procedimentales contenidos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, básicamente porque esta norma legal se erige como la máxima expresión del procedimiento administrativo que no puede desconocer la Administración militar.

Así las cosas, las especialidades que se aprecian en la norma reglamentaria referenciada *ut supra* son las siguientes:

- La solicitud de la asociación profesional debe dirigirse a la Secretaría Permanente del Consejo de Personal de las FAS. Esta peculiaridad se justifica por el hecho de que las asociaciones profesionales interactúan con la Administración militar a través del citado Consejo de Personal



de las FAS (en adelante, «Consejo»), *ex* apartado 1.º del art. 46 de la LODDFAS, no exigiéndose este conducto cuando la acción ejercida es fuera del ámbito de defensa. Lo anterior es lo más parecido al conducto reglamentario propio de las FAS, ya que se exige que toda solicitud vaya dirigida exclusivamente a la Secretaría Permanente del Consejo, evitándose así que las asociaciones profesionales interactúen directamente con otras autoridades militares diferentes de las que componen el Consejo. Asimismo, esta peculiaridad no significa que las asociaciones profesionales de las FAS no puedan presentar sus solicitudes en los registros enumerados en el art. 16 de la LPACAP, lo que comporta es que el destinatario del mismo debe ser la citada Secretaría Permanente del Consejo.

- Si, a propuesta de la asociación profesional, la solicitud presentada requiere su debate en el Consejo, deberá incluirse en el orden del día del mismo si el presidente lo estima conveniente. Consideramos que en este supuesto la solicitud no puede ser resuelta por el Consejo, al carecer de competencia para ello, pues el art. 2 del Reglamento indica solamente que «*el Consejo de Personal realizará las siguientes funciones: a) **Recibir, analizar y valorar propuestas o sugerencias** planteadas por las asociaciones profesionales independientemente de que estén representadas o no en el Consejo de Personal*». La norma reglamentaria guarda absoluto silencio sobre la facultad del Consejo de resolver solicitudes de las asociaciones profesionales de las FAS, tasando sus competencias al ámbito de *recibir, analizar y valorar propuestas y sugerencias*. Esto es razonable, ya que las asociaciones profesionales de las FAS con mayor representatividad forman parte del Consejo, por lo que, si este órgano colegiado tuviere la facultad de resolver solicitudes, podría ocurrir que el representante de la asociación peticionaria participase en la resolución de su propia pretensión, desnaturalizándose así el principio de contradicción propio del procedimiento administrativo. Así pues, entendemos que en este supuesto lo máximo que puede hacer el Consejo, llevando a cabo una interpretación *in extenso* de sus competencias, es estudiar la solicitud y remitirla posteriormente al órgano competente para resolverla, quien deberá tener en cuenta las consideraciones de este órgano colegiado sin que la opinión del mismo sea vinculante<sup>66</sup>.
- Por último, si, a juicio de la asociación profesional, la solicitud presentada no requiere su debate en el Consejo, la Secretaría Permanente la remitirá a los órganos directivos del Ministerio de Defensa o de personal de los ejércitos para su valoración, debiendo darse una resolución o respuesta motivada que deberá notificarse. Aquí es en donde tenemos que considerar que el término *solicitud* se identifica con el previsto en el art.

---

<sup>66</sup> Obsérvese que el Reglamento no menciona en ningún caso que el Consejo pueda valorar solicitudes, lo que podría significar que las mismas no guardasen una identidad con la solicitud del art. 66 de la LPACAP, pudiendo tratarse más bien de una propuesta o sugerencia, pero no de un acto jurídico propio por el cual se insta legalmente una pretensión. Sea como fuere, habrá que estar al contenido de la solicitud en cuestión y determinar si la misma contiene una verdadera pretensión (no meras sugerencias o propuestas), en cuyo caso habría que tratarla como una verdadera solicitud de las previstas en el art. 66 de la LPACAP.

66 de la LPACAP, sobre todo porque la norma exige una resolución motivada y su posterior notificación, debiendo integrarse y completarse estas premisas con lo dispuesto en los arts. 35 y 88 de la LPACAP (motivación de la resolución) y art. 40 de la LPACAP (notificación). Obsérvese que la norma reglamentaria solamente habla de resolver o dar respuesta motivada a la solicitud, con su correspondiente notificación, guardando nuevamente silencio sobre las propuestas, sugerencias o informes.

Vistas las especialidades procedimentales previstas en la disposición adicional 2.<sup>a</sup> del Real Decreto 910/2012, de 8 de junio, procede señalar algunas omisiones formales que la norma no se ha ocupado de resolver. Nos referimos, principalmente, a la autoridad que debe resolver la solicitud. Ciertamente, el Consejo carece de toda competencia para ello, pero la norma no especifica quién debe resolverla. Así las cosas, lo razonable es acudir al apartado 3.<sup>o</sup> del art 8 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público, precepto que atribuye con carácter general la competencia para resolver a los órganos inferiores de la Administración competentes por razón de la materia y territorio. Dicho esto, nos encontramos con que, dependiendo del contenido de la pretensión, será una u otra autoridad la competente para resolver. A modo de ejemplo, si el *petitum* concierne al Ejército de Tierra, serán las autoridades militares de este ejército las que deban resolver<sup>67</sup>, pero si afecta al conjunto de militares profesionales, con independencia de su pertenencia a un Ejército concreto, serán los órganos directivos del Ministerio de Defensa competentes por razón de la materia quienes deban resolver.

Otra cuestión a tener en cuenta es la posibilidad de interponer recurso administrativo contra la resolución dictada. La disposición adicional 2.<sup>a</sup> del Real Decreto 910/2012, de 8 de junio, no prevé esta posibilidad, pero esta laguna debe integrarse y colmarse con lo previsto en los arts. 121 y siguientes de la LPACAP. No en vano, una de las características de la Administración pública es su potestad de autotutela, representada en parte por la facultad de resolver los recursos que se interponen contra su actividad administrativa, por lo que resulta extraño que la Administración militar haya querido despojarse de la misma. A este respecto, tenemos que traer a colación la Orden General núm. 10, de 28 de diciembre de 2015, del director general de la Guardia Civil, sobre el desarrollo de los derechos de las asociaciones profesionales de guardias civiles y de sus representantes, la cual ha sido anulada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en sentencia 1161/2018, de 9 de julio, al entender que el desarrollo de un derecho fundamental no puede acontecer por mor de una simple orden de un director general, pues carece de *potestas* reglamentaria para ello, debiendo efectuarse el desarrollo mediante una norma reglamentaria informada por el Consejo de Estado, esto es, un Reglamento. En lo que nos concierne, tenemos que centrarnos en lo dispuesto en el art. 8 de la orden general referida (anulada),

---

<sup>67</sup> Para determinar la competencia por razón de la materia, habrá que estar a la organización interna de cada ejército, la cual es muy prolija y variada. Sea como fuere, la Secretaría Permanente del Consejo debe valorar la solicitud y llevar a cabo las primeras actuaciones de instrucción de la solicitud, en el sentido de remitir la solicitud al ejército correspondiente.

que lleva por título «Propuestas, peticiones, informes y quejas realizadas por las asociaciones profesionales». Este precepto establecía que las asociaciones podían dirigir peticiones relacionadas con sus fines a las autoridades competentes, siempre y cuando estuvieran relacionadas con sus fines; posteriormente, analizaba la competencia para resolver las mismas dependiendo de si el ámbito afectaba a una comunidad autónoma o a más de una. Hasta aquí todo correcto. Lo llamativo es que, llegado un momento, este precepto dispuso lo siguiente:

*«En todo caso, la decisión que se adopte no será susceptible de recurso administrativo, al no constituir una resolución a los efectos previstos en la legislación reguladora del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas».*

Evidentemente, no podemos compartir en absoluto esta afirmación con fundamento en todo lo expuesto anteriormente en este estudio, básicamente porque las actuaciones practicadas se hallan sometidas al derecho administrativo y están previstas en un procedimiento administrativo, de ahí que no pueda negarse tal naturaleza posteriormente sin un argumento sólido. Ahora bien, en relación con los recursos administrativos, cabe significar que, sin perjuicio de considerarlos como una garantía más del interesado en el cauce procedimental previsto, el hecho de que se pueda acudir directamente al orden contencioso-administrativo para obtener una revisión de los mismos podría entenderse como un beneficio, ya que aquel puede ejercer sus acciones directamente ante los tribunales sin esperar un pronunciamiento de la misma administración que le ha denegado una pretensión.

De igual manera, nos tenemos que preguntar si sería posible recurrir en sede contencioso-administrativa la decisión adoptada, todo ello a pesar de que la orden general (anulada) aduce que la resolución no lo es de un procedimiento de la Ley 39/2015, de 1 de octubre. Pues bien, de lo sustentado en dicha orden general se desprendería *prima facie* que las actuaciones administrativas practicadas estarían al margen del conjunto de garantías impuestas por el legislador, hallándonos así ante un cauce procedimental que operaría de manera *extra legem* del marco normativo general relativo al orden administrativo, contraviéndose postulados esenciales de nuestro ordenamiento jurídico como el de legalidad y seguridad jurídica. Pero, al margen de ello, en el remoto supuesto de que fuera cierto lo afirmado por la dirección general antedicha, si acudimos al apartado 1.º del art. 1 de la LJCA se observa que el orden contencioso-administrativo conoce de «*las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho administrativo*». Así las cosas, parece más que razonable que la actividad practicada por la Guardia Civil consistente en resolver una solicitud/petición forma parte inherente del derecho administrativo<sup>68</sup>, así como el hecho de que este instituto armado se integra en la Administración pública,

<sup>68</sup> Se entiende por *derecho administrativo* aquella parte del derecho público que regula la organización y el funcionamiento del Poder Ejecutivo y sus relaciones con los administrados. Véase GARRIDO FALLA, F., *et al.*, *op. cit.*, p. 130. Así pues, siendo la orden general referida una norma de comportamiento a observar frente las asociaciones profesionales, ninguna duda suscita su pertenencia al derecho administrativo, si bien el contenido de la misma, como bien indicó el Tribunal Supremo, debe formalizarse por medio de una norma reglamentaria de desarrollo de una norma legal.

motivos más que suficientes para justificar la posibilidad de recurrir en el orden contencioso-administrativo, orden de naturaleza revisora<sup>69</sup>, las resoluciones que se hubieran podido dictar por las autoridades competentes, pues lo contrario supondría que esta actividad administrativa estuviera exenta del pertinente control jurisdiccional, algo impensable en nuestro Estado de derecho, a la vista de que los tribunales, entre otras cosas, tienen encomendado por el constituyente el control de la legalidad de la actuación administrativa y de los fines que la justifican, *ex* apartado 1.º del art. 106 de la Constitución española.

#### 4.5.3. *El procedimiento para resolver el recurso administrativo*

En relación con la resolución del recurso administrativo interpuesto por una asociación profesional de las FAS, el Reglamento antedicho no regula especialidad alguna al respecto, motivo por el cual consideramos que deben seguirse los estadios procedimentales previstos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre. Así pues, el recurso administrativo podrá interponerse directamente ante la autoridad competente para resolver o ante el órgano administrativo que dictó la resolución objeto de impugnación, sin sujeción alguna al cauce regulado en la disposición adicional 2.ª del Real Decreto 910/2012, de 8 de junio, pues no se ha previsto especialidad alguna al respecto. Cuestión diferente es que, por cortesía, las asociaciones profesionales, y en aras de facilitar la tramitación del recurso, lo dirijan por conducto de la Secretaría Permanente del Consejo de Personal de las FAS.

## 5. CONCLUSIONES

El tránsito de las asociaciones profesionales de la Guardia Civil y de las FAS desde su prohibición —por mor del art. 181 de las antiguas Reales Ordenanzas— hasta su reconocimiento legal ha sido un camino tortuoso y repleto de obstáculos, principalmente debido a que cualquier actividad de promoción y defensa de los intereses profesionales se equiparaba con una actividad sindical. No obstante, gracias a la labor del Tribunal Constitucional, la interpretación que los tribunales de justicia efectuaban del meritado art. 181 de las antiguas Reales Ordenanzas fue corregida, y con ello se puso la primera pica en Flandes para que el legislador reconociese definitivamente a estas asociaciones. Este reconocimiento ha supuesto la configuración de una modalidad de asociación que pertenece al género del derecho fundamental de asociación previsto en el art. 22 de la Constitución española, siendo el aspecto más importante el contenido esencial otorgado por el legislador al derecho de asociación profesional, consistente básicamente en la defensa y promoción de los intereses profesionales, económicos y sociales de los militares profesionales. Asimismo, junto al contenido esencial del derecho de asociación profesional, el legislador ha definido un contenido adicional igualmente relevante para interpretar y dotar de contenido a este derecho fundamental. Dentro de este contenido adicional encontramos el derecho de las asociaciones profesionales a

---

<sup>69</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, J., *op. cit.*, p. 101.

presentar solicitudes relacionadas con sus fines, infringiéndose así el reconocimiento de una legitimación *ad processum*. Ahora bien, lo determinante en cualquier caso para que la Administración militar inicie un procedimiento administrativo es que la asociación tenga una legitimación *ad causam*, pues en este supuesto no podrá inadmitirse la solicitud presentada. El juicio de legitimación que debe efectuarse al respecto debe ser individualizado, pero en todo caso lo relevante es que la pretensión de la asociación albergue un interés colectivo que pueda beneficiar a sus asociados, pues de lo contrario no nos hallaremos ante el interés legítimo que debe estar presente en toda solicitud e incluso recurso administrativo para su admisión, dado que la mera defensa de la legalidad o la pretensión de corregir un defecto procedimental no constituye dicho interés legítimo. Por último, a causa del reconocimiento a las asociaciones profesionales a dirigir solicitudes relacionadas con sus fines, se ha instaurado en la disposición adicional 2.ª del Real Decreto 910/2012, de 8 de junio, un procedimiento no formalizado *sui generis*, caracterizado por el hecho de que la Secretaría Permanente del Consejo de Personal de las FAS se convierte en el organismo que interactúa con las asociaciones para tramitar las solicitudes presentadas, las cuales deben ser resueltas por el órgano competente en la materia atendiendo al criterio general previsto en el art. 8 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público. Cuestión distinta son los recursos administrativos que puede interponer una asociación, ya que los mismos deben tramitarse con base en las normas generales contenidas en los art. 112 y siguientes de la LPACAP.



GOBIERNO  
DE ESPAÑA

MINISTERIO  
DE DEFENSA

SUBSECRETARÍA DE DEFENSA  
SECRETARÍA GENERAL TÉCNICA

SUBDIRECCIÓN GENERAL  
DE PUBLICACIONES  
Y PATRIMONIO CULTURAL

