

# Lei 39/2015 comentada por letrados da Xunta de Galicia

Comentarios, anotacións e xurisprudencia  
sobre a Lei 39/2015, do 1 de outubro,  
do Procedemento Administrativo Común  
das Administracións Públicas

# CL

Comentarios legislativos

XUNTA DE GALICIA



**LEI 39/2015**  
**COMENTADA POR LETRADOS DA XUNTA DE GALICIA**

COMENTARIOS, ANOTACIÓNS E XURISPRUDENCIA SOBRE A  
LEI 39/2015, DO 1 DE OUTUBRO, DO PROCEDEMENTO  
ADMINISTRATIVO COMÚN DAS ADMINISTRACIÓNS PÚBLICAS

**Escola Galega de Administración Pública**

Santiago de Compostela, 2017



**LEI 39/2015**  
**COMENTADA POR LETRADOS**  
**DA XUNTA DE GALICIA**

**COMENTARIOS, ANOTACIÓNS E XURISPRUDENCIA SOBRE A**  
**LEI 39/2015, DO 1 DE OUTUBRO, DO PROCEDEMENTO**  
**ADMINISTRATIVO COMÚN DAS ADMINISTRACIÓNS PÚBLICAS**

COORDINADORES

**Cristina Díaz Carbajo**  
**María Isabel Novo Castro**  
**Santiago Valencia Vila**

AUTORES

<b>Carlos Abuín Flores</b>	<b>Patricia Iglesias Rey</b>
<b>Cristina Díaz Carbajo</b>	<b>María Isabel Novo Castro</b>
<b>Sabela Carballo Marcote</b>	<b>José Oreiro Romar</b>
<b>Manuel Fuertes Carballeira</b>	<b>Josefina Pereira De La Riera</b>
<b>Juan José Gallego Fouz</b>	<b>Carmen María Salgueiro Moreira</b>
<b>Ana González De Vicente</b>	<b>Natalia Solar Jimeno</b>
<b>Guillermo González Tato</b>	<b>Santiago Valencia Vila</b>

Colección: Comentarios Legislativos

1.ª Edición: Santiago de Compostela, 2017

© Escola Galega de Administración Pública  
Rúa Madrid 2-4  
15707 - Santiago de Compostela

© Andavira Editora, S. L., 2017  
Vía de Edison, 33-35 (Polígono do Tambre)  
15890 - Santiago de Compostela (A Coruña)  
www.andavira.com · info@andavira.com

© Do texto: Os autores

Deseño editorial: Dixital 21, S. L.  
Deseño de cuberta: Dixital 21, S. L.  
Correccións: Secretaría Xeral de Política Lingüística. Claudina Moreira Costoyas e Celia Rozas Donsión  
Impresión e encadernación: Tórculo Comunicación Gráfica, S. A.

Impreso en España · *Printed in Spain*

Reservados todos os dereitos. Non se permite a reprodución total ou parcial desta obra, nin a súa incorporación a un sistema informático, nin a súa transmisión en calquera forma ou por calquera medio (electrónico, mecánico, fotocopia, grabación ou outros) sen autorización previa e por escrito dos titulares do copyright. A infracción dos ditos dereitos pode constituír un delito contra a propiedade intelectual. Dirixase a CEDRO (Centro Español de Dereitos Reprográficos) se necesita fotocopiar ou escanear algún fragmento desta obra. Pode contactar con CEDRO a través da web [www.conlicencia.com](http://www.conlicencia.com) ou por teléfono no 91 702 19 70 / 93 272 04 47.

Andavira, no seu desexo de mellorar as súas publicacións, agradecerá calquera suxestión que os lectores fagan ao departamento editorial por correo electrónico: [info@andavira.com](mailto:info@andavira.com)

Depósito legal: C 42-2017  
ISBN: 978-84-453-5242-7

## LISTAXE DE AUTORES

### **COORDINADORES- LETRADOS DA XUNTA DE GALICIA**

Cristina DÍAZ CARBAJO

María Isabel NOVO CASTRO

Santiago VALENCIA VILA

### **AUTORES- LETRADOS DA XUNTA DE GALICIA**

Carlos ABUÍN FLORES	(arts.112 a 122)
Cristina DÍAZ CARBAJO	(arts. 79 a 83, 93 a 95 e DT 1. <sup>a</sup> e 2. <sup>a</sup> )
Sabela CARBALLO MARCOTE	(arts. 96 a 105)
Manuel FUERTES CARBALLEIRA	(arts. 45 a 53 e DT 5. <sup>a</sup> )
Juan José GALLEGRO FOUZ	(arts. 106 a 111e 123 a 126)
Ana GONZÁLEZ DE VICENTE	(arts. 84 a 92 e 64 a 65)
Guillermo GONZÁLEZ TATO	(arts. 3 a 12)
Patricia IGLESIAS REY	(arts. 26 a 28, 34 a 39 e DT 3. <sup>a</sup> )
María Isabel NOVO CASTRO	(arts. 13 a 20 e DA 2. <sup>a</sup> e 3. <sup>a</sup> )
José OREIRO ROMAR	(arts. 54 a 57, 75 a 78 e DA 4. <sup>a</sup> e 5. <sup>a</sup> )
Josefina PEREIRA DE LA RIERA	(arts. 66 a 74 e DT 4. <sup>a</sup> )
Carmen María SALGUEIRO MOREIRA	(arts. 1 a 2, 127 a 133 e DA 1. <sup>a</sup> )
Natalia SOLAR JIMENO	(arts. 40 a 44 e 58 a 63)
Santiago VALENCIA VILA	(arts. 21 a 25, 29 a 33, D.Derrog. única e DD 1. <sup>a</sup> a 7. <sup>a</sup> )





## LIMIAR

En outubro de 2016 comeza un novo tempo normativo coa entrada en vigor da Lei 39/2015, do 1 de outubro, do procedemento administrativo común das administracións públicas. Esta norma ten un carácter central nas actuacións administrativas, de aí a importancia do seu correcto entendemento para a práctica administrativa.

Neste sentido enténdese oportuno ofrecer un libro, estrutural e visualmente de doado seguimento, con textos comentados de cada artigo da referida lei que, sen perder o rigor científico, ofrezca debates e solucións para a práctica diaria. Así, os comentarios poñerán a norma en relación con outras, incluída a Lei 40/2015, de réxime xurídico do sector público, sen esquecer a cita de xurisprudencia de interese, con especial referencia á do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia. Trata, polo tanto, de ser unha ferramenta de utilidade ante o reto deste novo corpo xurídico do procedemento administrativo.

Os letrados da Xunta de Galicia, en contacto diario coas problemáticas do procedemento administrativo, tanto na súa función consultiva como na de defensa xurisdicional, prestáronse a tal labor, co aval do éxito da experiencia previa, o libro *Lei 30/92 comentada por letrados da Xunta de Galicia*, (ISBN: 84-8408-368-3), e polo convencemento de ser o colectivo que reúne ese rigor científico, especialización e visión práctica das cuestións que deben solucionar os operadores xurídicos galegos, destinatarios últimos deste libro.

Non queremos rematar sen darlles as grazas, en primeiro lugar, aos letrados da Xunta de Galicia que, coa vocación de servizo público que os caracteriza, asumiron o compromiso de facer estes comentarios e, por suposto, á Vicepresidencia e Consellería de Presidencia, Administracións Públicas e Xustiza, á Consellería de Cultura, Educación e Ordenación Universitaria e a súa Secretaría Xeral de Política Lingüística, á Escola Galega de Administración Pública e á Axencia para a Modernización Tecnolóxica de Galicia, a súa cola-

boración e a visión da utilidade deste libro de comentarios. Tamén lle agradecemos á Asociación Profesional de Letrados da Xunta de Galicia, a coordinación de toda esta importante tarefa e, unha vez máis, a súa valentía á hora de afrontar novos retos de utilidade xeral. Finalmente, non podemos deixar de lle dar as grazas á Dirección Xeral da Asesoría Xurídica Xeral, polo seu impulso decisivo deste proxecto.

Santiago de Compostela, xuño 2016

Os coordinadores, letrados da Xunta de Galicia

Cristina DÍAZ CARBAJO

Isabel NOVO CASTRO

Santiago VALENCIA VILA

# ÍNDICE

## LEI 39/2015 COMENTADA POR LETRADOS DA XUNTA DE GALICIA

LISTAXE DE AUTORES .....	7
LIMIAR .....	9

## COMENTARIOS Á LEI 39/2015, DO 1 DE OUTUBRO, DO PROCEDEMENTO ADMINISTRATIVO COMÚN DAS ADMINISTRACIÓNS PÚBLICAS

<b>TÍTULO PRELIMINAR. Disposicións xerais.....</b>	<b>19</b>
Artigo 1. Obxecto da lei .....	19
Artigo 2. Ámbito subxectivo de aplicación .....	24
<b>TÍTULO I. Dos interesados no procedemento.....</b>	<b>33</b>
CAPÍTULO I. A capacidade de obrar e o concepto de interesado.....	33
Artigo 3. Capacidade de obrar.....	33
Artigo 4. Concepto de interesado .....	38
Artigo 5. Representación.....	44
Artigo 6. Rexistros electrónicos de apoderamentos .....	52
Artigo 7. Pluralidade de interesados.....	58
Artigo 8. Novos interesados no procedemento .....	62
CAPÍTULO II. Identificación e sinatura dos interesados no procedemento administrativo.....	65
Artigo 9. Sistemas de identificación dos interesados no procedemento .....	65
Artigo 10. Sistemas de sinatura admitidos polas administracións públicas .....	72
Artigo 11. Uso de medios de identificación e sinatura no procedemento administrativo.....	78
Artigo 12. Asistencia no uso de medios electrónicos aos interesados.....	84

<b>TÍTULO II. Da actividade das administracións públicas .....</b>	<b>93</b>
<b>CAPÍTULO I. Normas xerais de actuación .....</b>	<b>93</b>
Artigo 13. Dereitos das persoas nas súas relacións coas administracións públicas.....	93
Artigo 14. Dereito e obriga de relacionarse electronicamente coas administracións públicas.....	104
Artigo 15. Lingua dos procedementos.....	109
Artigo 16. Rexistros.....	118
Artigo 17. Arquivo de documentos.....	125
Artigo 18. Colaboración das persoas .....	128
Artigo 19. Comparecencia das persoas.....	134
Artigo 20. Responsabilidade da tramitación .....	136
Artigo 21. Obriga de resolver .....	138
Artigo 22. Suspensión do prazo máximo para resolver.....	146
Artigo 23. Ampliación do prazo máximo para resolver e notificar .....	153
Artigo 24. Silencio administrativo en procedementos iniciados por solicitude do interesado .....	159
Artigo 25. Falta de resolución expresa en procedementos iniciados de oficio .....	168
Artigo 26. Emisión de documentos polas administracións públicas .....	173
Artigo 27. Validez e eficacia das copias realizadas polas administracións públicas.....	182
Artigo 28. Documentos achegados polos interesados ao procedemento administrativo.....	189
<b>CAPÍTULO II. Termos e prazos.....</b>	<b>194</b>
Artigo 29. Obrigatoriedade de termos e prazos .....	194
Artigo 30. Cómputo de prazos.....	197
Artigo 31. Cómputo de prazos nos rexistros.....	203
Artigo 32. Ampliación.....	207
Artigo 33. Tramitación de urxencia .....	212
<b>TÍTULO III. Dos actos administrativos .....</b>	<b>217</b>
<b>CAPÍTULO I. Requisitos dos actos administrativos .....</b>	<b>217</b>
Artigo 34. Producción e contido.....	217

Artigo 35. Motivación.....	221
Artigo 36. Forma.....	224
CAPÍTULO II. Eficacia dos actos .....	228
Artigo 37. Inderrogabilidade singular.....	228
Artigo 38. Executividade.....	231
Artigo 39. Efectos .....	235
Artigo 40. Notificación.....	243
Artigo 41. Condicións xerais para a práctica das notificacións ...	249
Artigo 42. Práctica das notificacións en papel .....	257
Artigo 43. Práctica das notificacións a través de medios electrónicos .....	262
Artigo 44. Notificación infrutuosa .....	266
Artigo 45. Publicación.....	272
Artigo 46. Indicación de notificacións e publicacións .....	278
CAPÍTULO III. Nulidade e anulabilidade .....	280
Artigo 47. Nulidade de pleno dereito.....	280
Artigo 48. Anulabilidade.....	289
Artigo 49. Límites á extensión da nulidade ou anulabilidade dos actos .....	296
Artigo 50. Conversión de actos viciados.....	298
Artigo 51. Conservación de actos e trámites.....	301
Artigo 52. Validación .....	303
<b>TÍTULO IV. Das disposicións sobre o procedemento administrativo común.....</b>	<b>307</b>
CAPÍTULO I. Garantías do procedemento.....	307
Artigo 53. Dereitos do interesado no procedemento administrativo .....	307
CAPÍTULO II. Iniciación do procedemento.....	318
Sección 1.ª Disposicións xerais.....	318
Artigo 54. Clases de iniciación.....	318
Artigo 55. Información e actuacións previas.....	322
Artigo 56. Medidas provisorias .....	326
Artigo 57. Acumulación.....	331
Sección 2.ª Iniciación do procedemento de oficio pola Administración.....	336

Artigo 58. Iniciación de oficio.....	336
Artigo 59. Inicio do procedemento por propia iniciativa .....	340
Artigo 60. Inicio do procedemento como consecuencia de orde superior.....	342
Artigo 61. Inicio do procedemento por petición razoada doutros órganos .....	343
Artigo 62. Inicio do procedemento por denuncia.....	346
Artigo 63. Especialidades no inicio dos procedementos de natureza sancionadora.....	351
Artigo 64. Acordo de iniciación nos procedementos de natureza sancionadora .....	355
Artigo 65. Especialidades no inicio de oficio dos procedementos de responsabilidade. patrimonial .....	364
Sección 3.ª Inicio do procedemento por solicitude do interesado.	370
Artigo 66. Solicitudes de iniciación .....	370
Artigo 67. Solicitudes de iniciación nos procedementos de responsabilidade patrimonial. ....	375
Artigo 68. Emenda e mellora da solicitude .....	380
Artigo 69. Declaración responsable e comunicación .....	385
CAPÍTULO III. Ordenación do procedemento .....	391
Artigo 70. Expediente administrativo .....	391
Artigo 71. Impulso .....	396
Artigo 72. Concentración de trámites.....	399
Artigo 73. Cumprimento de trámites .....	404
Artigo 74. Cuestións incidentais .....	409
CAPÍTULO IV. Instrución do procedemento .....	413
Sección 1.ª Disposicións xerais.....	413
Artigo 75. Actos de instrución .....	413
Artigo 76. Alegacións.....	418
Sección 2.ª Proba.....	422
Artigo 77. Medios e período de proba .....	422
Artigo 78. Práctica de proba.....	428
Sección 3.ª Informes.....	432
Artigo 79. Petición .....	432
Artigo 80. Emisión de informes.....	436

Artigo 81. Solicitude de informes e ditames nos procedementos de responsabilidade patrimonial .....	440
Sección 4. <sup>a</sup> Participación dos interesados .....	443
Artigo 82. Trámite de audiencia .....	443
Artigo 83. Información pública .....	447
CAPÍTULO V. Finalización do procedemento .....	451
Sección 1. <sup>a</sup> Disposicións xerais .....	451
Artigo 84. Terminación .....	451
Artigo 85. Terminación nos procedementos sancionadores .....	455
Artigo 86. Terminación convencional .....	459
Sección 2. <sup>a</sup> Resolución .....	464
Artigo 87. Actuacións complementarias .....	464
Artigo 88. Contido .....	466
Artigo 89. Proposta de resolución nos procedementos de carácter sancionador .....	471
Artigo 90. Especialidades da resolución nos procedementos sancionadores .....	476
Artigo 91. Especialidades da resolución nos procedementos en materia de responsabilidade patrimonial .....	482
Artigo 92. Competencia para a resolución dos procedementos de responsabilidade patrimonial .....	486
Sección 3. <sup>a</sup> Desistencia e renuncia .....	489
Artigo 93. Desistencia da Administración .....	489
Artigo 94. Desistencia e renuncia dos interesados .....	492
Sección 4. <sup>a</sup> Caducidade .....	496
Artigo 95. Requisitos e efectos .....	496
CAPÍTULO VI. Da tramitación simplificada do procedemento administrativo común .....	501
Artigo 96. Tramitación simplificada do procedemento administrativo común .....	501
CAPÍTULO VII. Execución .....	509
Artigo 97. Título .....	509
Artigo 98. Executoriedade .....	514
Artigo 99. Execución forzosa .....	520
Artigo 100. Medios de execución forzosa .....	525
Artigo 101. Constrinximento sobre o patrimonio .....	530

Artigo 102. Execución subsidiaria .....	534
Artigo 103. Multa coercitiva .....	538
Artigo 104. Compulsión sobre as persoas .....	542
Artigo 105. Prohibición de accións posesorias .....	548
<b>TÍTULO V. Da revisión dos actos en vía administrativa .....</b>	<b>555</b>
<b>CAPÍTULO I. Revisión de oficio.....</b>	<b>555</b>
Artigo 106. Revisión de disposicións e actos nulos .....	555
Artigo 107. Declaración de lesividade de actos anulables .....	563
Artigo 108. Suspensión.....	569
Artigo 109. Revogación de actos e rectificación de erros .....	573
Artigo 110. Límites da revisión .....	578
Artigo 111. Competencia para a revisión de oficio das disposicións e de actos nulos e anulables na Administración xeral do Estado.....	583
<b>CAPÍTULO II. Recursos administrativos .....</b>	<b>585</b>
<b>Sección 1.ª Principios xerais.....</b>	<b>585</b>
Artigo 112. Obxecto e clases .....	585
Artigo 113. Recurso extraordinario de revisión .....	592
Artigo 114. Fin da vía administrativa.....	593
Artigo 115. Interposición de recurso .....	598
Artigo 116. Causas de inadmisión .....	601
Artigo 117. Suspensión da execución .....	606
Artigo 118. Audiencia dos interesados.....	613
Artigo 119. Resolución.....	617
Artigo 120. Pluralidade de recursos administrativos .....	621
<b>Sección 2.ª Recurso de alzada.....</b>	<b>624</b>
Artigo 121. Obxecto .....	624
Artigo 122. Prazos.....	627
<b>Sección 3.ª Recurso potestativo de reposición.....</b>	<b>631</b>
Artigo 123. Obxecto e natureza.....	631
Artigo 124. Prazos.....	637
<b>Sección 4.ª Recurso extraordinario de revisión .....</b>	<b>641</b>
Artigo 125. Obxecto e prazos .....	641
Artigo 126. Resolución.....	648



<b>TÍTULO VI. Da iniciativa lexislativa e da potestade para ditar regulamentos e outras disposicións.....</b>	<b>655</b>
Artigo 127. Iniciativa lexislativa e potestade para ditar normas con rango de lei.....	655
Artigo 128. Potestade regulamentaria .....	662
Artigo 129. Principios de boa regulación .....	671
Artigo 130. Avaliación normativa e adaptación da normativa vixente aos principios de boa regulación.....	684
Artigo 131. Publicidade das normas .....	689
Artigo 132. Planificación normativa .....	695
Artigo 133. Participación dos cidadáns no procedemento de elaboración de normas con rango de lei e regulamentos.....	699
Disposición adicional primeira. Especialidades por razón de materia .....	707
Disposición adicional segunda. Adhesión das comunidades autónomas e entidades locais ás plataformas e rexistros da Administración xeral do Estado .....	714
Disposición adicional terceira. Notificación por medio de anuncio publicado no «Boletín Oficial do Estado» .....	716
Disposición adicional cuarta. Oficinas de asistencia en materia de rexistros .....	717
Disposición adicional quinta. Actuación administrativa dos órganos constitucionais do Estado e dos órganos lexislativos e de control autonómicos .....	720
Disposición transitoria primeira. Arquivamento de documentos ..	724
Disposición transitoria segunda. Rexistro electrónico e arquivo electrónico único .....	727
Disposición transitoria terceira. Réxime transitorio dos procedementos.....	729
Disposición transitoria cuarta. Réxime transitorio dos arquivos, rexistros e punto de acceso xeral .....	732
Disposición transitoria quinta. Procedementos de responsabilidade patrimonial derivados da declaración de inconstitucionalidade dunha norma ou do seu carácter contrario ao dereito da Unión Europea .....	736

Disposición derogatoria única. Derogación normativa.....	741
Disposición derradeira primeira. Título competencial.....	746
Disposición derradeira segunda. Modificación da Lei 59/2003, do 19 de decembro, de sinatura electrónica .....	752
Disposición derradeira terceira. Modificación da Lei 36/2011, do 10 de outubro, reguladora da xurisdición social .....	754
Disposición derradeira cuarta. Referencias normativas.....	762
Disposición derradeira quinta. Adaptación normativa .....	762
Disposición derradeira sexta. Desenvolvemento normativo da lei	763
Disposición derradeira sétima. Entrada en vigor .....	763
ABREVIATURAS .....	767

# TÍTULO PRELIMINAR

## Disposicións xerais

### Artigo 1. *Obxecto da lei*

1. *A presente lei ten por obxecto regular os requisitos de validez e eficacia dos actos administrativos, o procedemento administrativo común a todas as administracións públicas, incluíndo o sancionador e o de reclamación de responsabilidade das administracións públicas, así como os principios aos que se debe axustar o exercicio da iniciativa lexislativa e da potestade regulamentaria.*

2. *Só mediante lei, cando resulte eficaz, proporcionado e necesario para a consecución dos fins propios do procedemento, e de maneira motivada, se poderán incluír trámites adicionais ou distintos dos establecidos nesta lei. Regulamentariamente poderanse establecer especialidades do procedemento referidas aos órganos competentes, prazos propios do procedemento concreto por razón da materia, formas de iniciación e terminación, publicación e informes que cumpran solicitar.*

### COMENTARIO:

O precepto delimita o obxecto da lei; isto é, a materia sobre a que versa a norma. O primeiro aspecto que convén destacar é que nel queda plasmado un dos principais cambios introducidos pola Lei 39/2015, do 1 de outubro, do procedemento administrativo común das administracións públicas (en diante, LPACAP): a regulación do procedemento administrativo común nun texto legal diferenciado do relativo ao réxime xurídico do sector público. Trátase con iso, como sinala a exposición de motivos da lei, de reunir nun “corpo lexislativo único a regulación das relacións *ad extra* das administracións cos cidadáns”, quedando a regulación das relacións *ad intra* e *inter* administracións como materia propia da Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público (en diante, LRXSP). Esta separación entre as materias organizativas e as procedementais,

como tivo ocasión de sinalar o Consello de Estado no seu Ditame 275/2015, do 29 de abril, sobre o anteproxecto de lei, non responde ao criterio tradicional do ordenamento xurídico-administrativo español e non está exenta de disfuncións. Así, a pesar do enfoque pretendido polo lexislador, o certo é que a separación entre “organización administrativa” e “procedemento administrativo” non pode levarse ata as súas últimas consecuencias ao ser diversas as materias nas que se mesturan aspectos orgánicos, substantivos e procedementais, o que implicará, na práctica, que en diversas ocasións sexa necesario ter en conta ambos os textos legais por producirse a escisión en dúas normas da regulación dunha mesma materia. Tal sería o caso, por exemplo, da regulación xeral dos órganos administrativos, da relativa á utilización de medios electrónicos nas relacións xurídico-administrativas ou, singularmente, do réxime xurídico da potestade sancionadora e da responsabilidade patrimonial das administracións públicas. En efecto, este réxime xurídico queda dividido entre, por unha banda, as normas procedementais contidas na LPACAP (a cal, a maior abastanza e tal e como se desprende da dicción do seu artigo 1.1, non aborda a regulación dos aspectos procedementais relativos ao exercicio da potestade sancionadora e ao instituto da responsabilidade patrimonial en títulos independentes, senón que se limita a recoller as regras procedementais específicas a eles aplicables como especialidades dentro da regulación do procedemento administrativo común contida no seu título IV) e, por outra banda, os preceptos contidos nos capítulos III e IV do título preliminar da LRXSP, relativos aos principios aplicables a ambas as institucións.

Sentado o anterior, procede sinalar, en segundo lugar, que por procedemento administrativo común ha de entenderse a determinación dos principios ou normas que, por un lado, definen a estrutura xeral do *iter procedimental* que ha de seguirse para a realización da actividade xurídica da Administración e, por outro, prescriben a forma de elaboración, os requisitos de validez e eficacia, os modos de revisión e os medios de execución dos actos administrativos, o que inclúe as garantías xerais dos particulares no seo do procedemento (por todas, SSTC 130/2013, do 4 de xuño; 141/2014, do 11 de setembro; 166/2014, do 22 de outubro, e nas que nelas se mencionan, así como

a máis recente STC 87/2016, do 28 de abril). O deseño deste procedemento administrativo común (competencia exclusiva do Estado *ex* artigo 149.1.18.<sup>a</sup> da Constitución española) recóllese na LPACAP, excedendo do obxecto propio do comentario do artigo 1 o estudo concreto de tal deseño, sen prexuízo de que proceda apuntar con carácter xeral que, malia as novidades no enfoque, na sistemática e en determinados aspectos substantivos (que serán obxecto de estudo nos comentarios aos artigos correspondentes), a nova lei respecta o núcleo esencial da regulación do procedemento administrativo común contida na Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común (en diante, LRX-PAC), á vez que traslada en moitos casos mimeticamente as previsións da Lei 11/2007, do 22 de xuño, de acceso electrónico dos cidadáns aos servizos públicos (en diante, LAECSP), e do seu regulamento.

Agora ben, como ten sinalado reiteradamente o Tribunal Constitucional, sen prexuízo do necesario respecto aos principios e regras do procedemento administrativo común, coexisten numerosas regras especiais de procedemento aplicables á realización de cada tipo de actividade administrativa *ratione materiae*, e a competencia para o seu establecemento está conexas á que, respectivamente, teñan o Estado ou as comunidades autónomas para a regulación do correspondente réxime substantivo. De acordo con esta doutrina constitucional (da que se fai eco a exposición de motivos da lei), o artigo 1, no seu número 2, establece a posible introdución de especialidades procedementais, aínda que impondo como regra xeral dous límites: un de carácter formal (a introdución de trámites adicionais ou distintos deberá efectuarse por lei) e outro de carácter substantivo (necesaria motivación de que a introdución de tales trámites veña xustificada por resultar eficaz, proporcionada e necesaria para os fins do procedemento concreto). Neste segundo límite insiste o segundo parágrafo do número 4 do artigo 129 da lei, que esixe unha xustificación “atendendo á singularidade da materia ou aos fins perseguidos pola proposta”. A razón de ser destas esixencias recóllese na exposición de motivos da lei, na que se alude á necesidade de superar as deficiencias derivadas dun “marco normativo no que se desenvolveu

a actuación pública que propiciou a aparición de duplicidades e ineficiencias, con procedementos administrativos demasiado complexos que, en ocasións, xeraron inseguridade xurídica”. En definitiva, será preciso motivar (sendo o lugar axeitado para iso a exposición de motivos da lei que estableza tales trámites e, no caso de anteproxectos de lei, tamén a memoria xustificativa que obre no expediente) que os trámites adicionais ou distintos son necesarios (por resultar insuficientes ou inadecuados os previstos na LPACAP, tendo en conta a materia ou os fins perseguidos coa nova regulación), eficaces (no sentido de ser os máis axeitados para a consecución dos fins perseguidos) e proporcionados (por ser os estritamente imprescindibles para o logro de tales fins).

Como excepción á regra xeral citada, no inciso final do precepto enuméranse as especialidades procedementais susceptibles de seren recollidas nunha norma regulamentaria: órganos competentes, prazos propios do procedemento, formas de iniciación e terminación, publicación e informes que poden ser solicitados. A dita enumeración é reflexo, así mesmo, da doutrina constitucional respecto do establecemento de especialidades *ratione materiae* (por todas, STC 166/2014, do 22 de outubro, antes citada).

Para rematar coa análise do posible establecemento de especialidades procedementais, o disposto no artigo 1.2 da lei debe conectarse co indicado na súa disposición adicional primeira, a cuxo comentario nos remitimos. Abonda con apuntar aquí, por unha banda, que os trámites adicionais ou distintos xa recollidos nas leis especiais vixentes manterán os seus efectos (tal e como sinala expresamente a exposición de motivos da lei) e, por outra, que a nova lei non será de aplicación directa, senón meramente supletoria, aos procedementos relacionados no número 2 da dita disposición adicional.

O terceiro e último aspecto que hai que salientar respecto do artigo 1 da lei estriba na inclusión, como obxecto desta, dos “principios a que se debe axustar o exercicio da iniciativa legislativa e da potestade regulamentaria”. Así, fronte á parca regulación da LRX-PAC (contida fundamentalmente nos seus artigos 51 e 52), unha das pretensións máis salientables da nova lei reside no establecemento de medidas tendentes á mellora da regulación, materia á que dedica o seu título

VI (artigos 127 a 133). Trátase con iso, como sinala a exposición de motivos da lei, de recoller no texto legal “a regulación completa e sistemática das relacións *ad extra* entre as administracións e os administrados, tanto no referente ao exercicio da potestade de autotutela e en virtude do cal se ditan actos administrativos que inciden directamente na esfera xurídica dos interesados, coma no relativo ao exercicio da potestade regulamentaria e a iniciativa legislativa”.

Sen prexuízo de remitirnos ao comentario dos artigos integrantes do título VI, interesa destacar aquí dous aspectos.

En primeiro lugar, a diferenciación que efectúa o propio artigo 1 entre o procedemento administrativo común, por un lado, e os principios aos que ha de axustarse o exercicio da iniciativa legislativa e da potestade regulamentaria, por outro. Así, en puridade, o procedemento administrativo configúrase como unha sucesión concatenada de trámites da que resulta a produción dun acto administrativo ou unha manifestación de vontade da Administración, mentres que, tanto o procedemento de exercicio da iniciativa legislativa como da potestade regulamentaria cabe configuralos como procedementos especiais (por todas, STC 15/1989, do 26 de xaneiro), cunha natureza propia e específica, distinta da que corresponde aos procedementos administrativos orientados á aprobación de actos, e cuxa regulación atopa o seu natural encaixe nas respectivas leis do Goberno (estatal e autonómicos). De aí que, respecto deles, a regulación contida na lei se limita fundamentalmente ao establecemento, con carácter básico, dunha serie de principios de boa regulación, de medidas para incrementar a participación cidadá no procedemento de elaboración normativa, así como da necesidade de elaborar plans normativos anuais e de realizar periodicamente unha revisión e avaliación da normativa aprobada, debendo ter presente que a dita regulación se refire non só ao exercicio da iniciativa legislativa e da potestade regulamentaria, senón tamén á potestade do executivo para ditar normas con rango de lei. En efecto, malia que a referencia a esta última potestade é omitida polo artigo 1.1 da lei, si se alude a ela na epígrafe do seu título VI (que se refire, xunto á iniciativa legislativa e á potestade para ditar regulamentos, á potestade para ditar “outras disposicións”) e en diversos preceptos

do dito título nos que se fai referencia expresa ás “normas con rango de lei”.

En segundo lugar, cómpre sinalar que o carácter innovador da regulación contida no título VI é relativo, toda vez que boa parte do seu contido ben é reprodución de previsións constitucionais ben se trata de aspectos xa regulados ou polo menos enunciados na LRX-PAC, na LAECSP, antes citadas, e na Lei 2/2011, do 4 de marzo, de economía sostible.

#### **REFERENCIAS XURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Ditame 274/2015 do Consello de Estado, do 29 de abril de 2015, sobre o anteproxecto de lei de réxime xurídico do sector público.

Ditame 275/2015 do Consello de Estado, do 29 de abril de 2015, sobre o anteproxecto de lei do procedemento administrativo común das administracións públicas.

Sentenza 15/1989 do Tribunal Constitucional (Pleno), do 26 de xaneiro.

Sentenza 130/2013 do Tribunal Constitucional (Pleno), do 4 de xuño.

Sentenza 141/2014 do Tribunal Constitucional (Pleno), do 11 de setembro.

Sentenza 166/2014 do Tribunal Constitucional (Sala Segunda), do 22 de outubro.

Sentenza 87/2016 do Tribunal Constitucional (Pleno), do 28 de abril.

### **Artigo 2. *Ámbito subxectivo de aplicación***

*1. A presente lei aplícase ao sector público, que comprende:*

- a) A Administración xeral do Estado.*
- b) As administracións das comunidades autónomas.*
- c) As entidades que integran a Administración local.*
- d) O sector público institucional.*

*2. O sector público institucional está integrado:*



- a) *Por calquera organismo público e entidade de dereito público vinculados ou dependentes das administracións públicas.*
- b) *Polas entidades de dereito privado vinculadas ou dependentes das administracións públicas, que quedarán suxeitas ao disposto nas normas desta lei que especificamente se refiran a estas e, en todo caso, cando exerzan potestades administrativas.*
- c) *Polas universidades públicas, que se rexerán pola súa normativa específica e supletoriamente polas previsións desta lei.*

3. *Teñen a consideración de administracións públicas a Administración xeral do Estado, as administracións das comunidades autónomas, as entidades que integran a Administración local, así como os organismos públicos e entidades de dereito público previstos na alínea a) do número 2 anterior.*

4. *As corporacións de dereito público rexeranse pola súa normativa específica no exercicio das funcións públicas que lles fosen atribuídas por lei ou delegadas por unha Administración pública, e supletoriamente pola presente lei.*

#### **COMENTARIO:**

O precepto regula o ámbito de aplicación da lei desde a perspectiva subxectiva, isto é, dos suxeitos aos que se aplica a disposición.

O artigo 2 do anteproxecto de lei recollía unha mera remisión ao artigo 2 da Lei de réxime xurídico do sector público, aínda que, finalmente, a dita remisión foi substituída pola inclusión dunha referencia concreta, no propio texto legal, á relación de entidades incluídas no seu ámbito de aplicación. Do cotexo entre a redacción definitiva do artigo 2 da lei e o artigo 2 da Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público (en diante, LRXSP), pode observarse que existe entre ambos unha diferenza, consistente na específica alusión que o artigo 2.4 da Lei 39/2015, do 1 de outubro, do procedemento administrativo común das administracións públicas (en diante, LPACAP), efectúa ás corporacións de dereito público.

O ámbito subxectivo da norma pivota sobre o concepto de “sector público” en lugar do de “administracións públicas”, empregado polo

artigo 2 da Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común (en diante, LRX-PAC). O emprego da tal expresión para a delimitación do ámbito de aplicación da norma segue a liña mantida por outras normas sectoriais administrativas. Así, pénsese, por exemplo, na normativa orzamentaria (artigo 2.1 da Lei 47/2003, do 26 de novembro, xeral orzamentaria; e artigo 2 da Lei orgánica 2/2012, do 27 de abril, de estabilidade orzamentaria e sustentabilidade financeira) ou na contractual (artigo 3.1 do texto refundido da Lei de contratos do sector público, aprobado polo Real decreto legislativo 3/2011, do 14 de novembro).

Centrándonos no concreto alcance do dito concepto manexado pola LPACAP, o sector público incluído no seu ámbito de aplicación está integrado polas administracións territoriais (Administración xeral do Estado, administracións autonómicas e entidades integrantes da Administración local) e polo denominado sector público institucional.

A inclusión das administracións territoriais no ámbito de aplicación da norma non constitúe unha novidade, pois segue a liña do artigo 2.1 da LRX-PAC.

Si que é innovador, en cambio, o emprego do concepto de “sector público institucional”. Como recorda o Consello de Estado no seu Ditame núm. 274/2015, do 29 de abril, sobre o anteproxecto de Lei de réxime xurídico do sector público, con carácter xeral, a expresión “Administración institucional” aplicouse tradicionalmente no ordenamento español ao conxunto de entes creados polas administracións territoriais para o desempeño de determinadas actividades en réxime de descentralización funcional ou suxeición ao dereito privado, no marco dun proceso de modulación das regras clásicas do dereito administrativo ou de fuxida deste.

Para os efectos que nos ocupan, conforme ó número 2 do precepto, o sector público institucional está integrado polos organismos públicos, polas entidades de dereito público e polas entidades de dereito privado vinculados ou dependentes das administracións públicas, así como polas universidades públicas.

Desta delimitación cabe destacar, por unha banda, que, mentres que as entidades de dereito público vinculadas ou dependentes das administracións públicas xa estaban mencionadas no artigo 2.2 da LRX-PAC, é nova a alusión, xunto a estas, ás entidades de dereito privado con vinculación ou dependencia ás administracións públicas.

Por outra banda, constitúe tamén unha novidade a referencia expresa ás universidades públicas. Aínda que a súa consideración como entidades integrantes do sector público xa se recolle noutras normas sectoriais (pénsese, por exemplo, na súa inclusión dentro do sector público para efectos orzamentarios ou de contratación pública), o salientable neste caso é a súa consideración como entidades integrantes do sector público institucional ao non tratarse propiamente de entes sometidos ás ordes ou instrucións das administracións públicas, tal e como apuntou o Consello de Estado no seu Ditame núm. 274/2015, do 29 de abril, antes citado. Agora ben, malia a inclusión expresa das universidades públicas no ámbito de aplicación da lei e a extensión do concepto de sector público institucional a estas entidades, o necesario respecto á súa especial configuración, réxime xurídico e autonomía (constitucionalmente garantida *ex* artigo 27.10 da Constitución española), determina, como se indicará a continuación, que a LPACAP non lles sexa de aplicación directa, senón meramente supletoria.

Para rematar co concepto de sector público institucional, e como entidades concretas que procede entender incluídas nel, cabe citar, no que atinxe o sector público institucional estatal, as entidades enumeradas no artigo 84.1 da LRXSP (isto é, organismos públicos vinculados ou dependentes da Administración xeral do Estado –que se clasifican en organismos autónomos e entidades públicas empresariais–, as autoridades administrativas independentes, as sociedades mercantís estatais, os consorcios, as fundacións do sector público, os fondos sen personalidade xurídica e as universidades públicas non transferidas) e, no ámbito da Comunidade Autónoma de Galicia, as entidades instrumentais do sector público autonómico reguladas na Lei 16/2010, do 17 de decembro, de organización e funcionamento da Administración xeral e do sector público autonómico de Galicia

(en diante, Lofaxga) (isto é, organismos autónomos, axencias públicas autonómicas, entidades públicas empresariais, consorcios autonómicos, sociedades mercantís públicas autonómicas e fundacións do sector público autonómico), así como as universidades públicas do Sistema Universitario de Galicia.

O terceiro concepto clave que cómpre ter presente na delimitación do ámbito subxectivo da lei, xunto cos de “sector público” e de “sector público institucional”, é o de “administracións públicas”. O concepto recollido na nova lei está en liña co xa previsto no artigo 2 da LRX-PAC. Así, nel inclúense: as administracións territoriais, os organismos públicos e as entidades de dereito público vinculados ou dependentes das administracións públicas (artigo 2.3 da lei).

A diferenciación destes tres conceptos (sector público, administracións públicas e sector público institucional) é esencial tendo en conta as diferenzas existentes desde a perspectiva da intensidade de aplicación da LPACAP. Así, dentro do sector público definido no artigo 2.1, cabe entender que a dita lei é de aplicación plena ás entidades que teñan a consideración de administracións públicas, toda vez que, respecto delas, ningunha especificidade aplicativa recolle o artigo 2.

En cambio, as entidades integrantes do sector público que non teñan a consideración de administracións públicas, polo tanto, as entidades de dereito privado vinculadas ou dependentes das administracións públicas e as universidades públicas (que, como se sinalou antes, son entidades integrantes do sector público, como sector público institucional, pero non administracións públicas), quedan sometidas á lei nos seguintes termos. Por unha banda, as entidades de dereito privado vinculadas ou dependentes das administracións públicas quedarán suxeitas ás normas da lei que se refiran especificamente a elas e, en todo caso, cando exerzan potestades administrativas. Respecto da referencia legal ao posible exercicio de potestades administrativas haberá que ter en conta o réxime xurídico aplicable segundo o tipo de entidade de que se trate. Así, por exemplo, aínda que dentro da letra b) do artigo 2.2 cabe entender incluídas as sociedades e as fundacións do sector público autonómico de Galicia, conforme o artigo 103.2 da Lofaxga, as sociedades mercantís

públicas autonómicas “en ningún caso disporán de facultades que impliquen o exercicio de potestades administrativas” e, de acordo co artigo 115.1 do mesmo texto legal, as fundacións do sector público autonómico de Galicia “non poderán exercer potestades públicas”. En cambio, respecto das sociedades mercantís estatais, o artigo 113 da LRXSP si prevé que “excepcionalmente a lei poida atribuírlle o exercicio de potestades administrativas”.

No que atinxe ás universidades públicas, como se adiantou antes, a lei non lles será de aplicación directa, senón supletoria, no non previsto na súa normativa específica (entre a que cabe citar, esencialmente, a Lei orgánica 6/2001, do 21 de decembro, de universidades e, no caso das universidades públicas do Sistema Universitario de Galicia, tamén a Lei 6/2013, do 13 de xuño, do Sistema Universitario de Galicia, así como a respectiva normativa de desenvolvemento das ditas normas).

Por último, o precepto recolle un número específico relativo ás corporacións de dereito público. Fronte á previsión relativa a tales entidades contida na LRX-PAC (en concreto, na súa disposición transitoria primeira, na que se establecía a aplicación da lei ás ditas entidades, no que procedese, en tanto non se completase a súa lexislación específica), a nova lei, malia non citar as corporacións de dereito público no número 1 do artigo 2, como integrantes do sector público, si as menciona no precepto relativo ao ámbito de aplicación, prevendo que, cando exerzan funcións públicas (ben as legalmente atribuídas, ben por delegación), se rexerán pola súa normativa específica e, supletoriamente, pola LPACAP. Reflictese así a concepción mixta ou bifronte destas entidades que, aínda que orientadas primordialmente á consecución de fins privados, propios dos membros que as integran, perseguen fins máis amplos, concedéndoselles certas atribucións ou potestades para que poidan realizar aqueles fins e funcións que non só lles interesan ás persoas integradas nelas senón tamén ás que non o están, pero que poden verse afectadas polas actuacións do ente. Partindo de tal concepción, e sen chegar a concluír que tales corporacións se integren na Administración, o Tribunal Constitucional ten manifestado que, nos limitados aspectos nos que realizan funcións administrativas, han de

quedar suxeitas ás bases establecidas polo Estado ao abeiro do artigo 149.1.18.<sup>a</sup> da Constitución española (entre outras, SSTC 76/1983, do 5 de agosto; 123/1987, do 15 de xullo; 89/1989, do 11 de maio; 132/1989, do 18 de xullo, ou 113/1994, do 14 de abril). Na mesma liña, o Tribunal Supremo tense pronunciado no sentido de que as corporacións de dereito público que integran a denominada Administración corporativa non son administracións públicas en sentido estrito. Trátase de entidades de natureza mixta, de “entes híbridos, isto é, con manifestacións do dereito público e do dereito privado que tradicionalmente adoptan unha forma de personificación pública como persoa xurídica de dereito público, pero que exercen funcións tanto públicas como privadas” (STS do 23 de outubro de 2009, e nas que nela se citan; así como STS do 9 de abril de 2015), e que só participan da natureza de administracións, sen selo propiamente, na medida en que sexan titulares de funcións públicas atribuídas *ex lege* ou delegadas pola Administración, sendo nese ámbito de actuación cando os seus actos quedarán sometidos, no non previsto pola súa normativa específica, ás previsións contidas na normativa reguladora do procedemento administrativo común e suxeitos ao control da orde xurisdiccional contencioso-administrativa (artigo 2.c) da Lei 29/1998, do 13 de xullo, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa; e STS do 24 de febreiro de 2009).

#### **REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Ditame 274/2015 do Consello de Estado, do 29 de abril de 2015, sobre o anteproxecto de lei de réxime xurídico do sector público.

Ditame 275/2015 do Consello de Estado, do 29 de abril de 2015, sobre o anteproxecto de lei do procedemento administrativo común das administracións públicas.

Sentenza 76/1983 do Tribunal Constitucional (Pleno), do 5 de agosto.

Sentenza 123/1987 do Tribunal Constitucional (Sala Primeira), do 15 de xullo.

Sentenza 89/1989 do Tribunal Constitucional (Pleno), do 11 de maio.

Sentenza 132/1989 do Tribunal Constitucional (Pleno), do 18 de xullo.

- Sentenza 113/1994 do Tribunal Constitucional (Pleno), do 14 de abril.
- Sentenza 148/2012 do Tribunal Constitucional (Pleno), do 5 de xullo.
- Sentenza do Tribunal Supremo (Sala Terceira, do Contencioso-Administrativo, Sección 6.<sup>a</sup>), do 17 de novembro de 2001, recurso de casación núm. 1472/1997.
- Sentenza do Tribunal Supremo (Sala Terceira, do Contencioso-Administrativo, Sección 4.<sup>a</sup>), do 24 de febreiro de 2009, recurso de casación núm. 6264/2006.
- Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 2.<sup>a</sup>), do 12 de marzo de 2009, recurso núm. 4452/2006.
- Sentenza do Tribunal Supremo (Sala Terceira, do Contencioso-Administrativo, Sección 3.<sup>a</sup>), do 23 de outubro de 2009, recurso de casación núm. 1958/2007.
- Sentenza do Tribunal Supremo (Sala Terceira do Contencioso-Administrativo, Sección 3.<sup>a</sup>), do 9 de abril de 2015, recurso de casación núm. 148/2012.
- Ditame 3164/1997 do Consello de Estado, do 19 de xuño, sobre o proxecto de decreto polo que se regula o horario, servizo de urxencias e vacacións das oficinas de farmacia do Principado de Asturias.
- Ditame 1645/1998 do Consello de Estado, do 14 de maio, sobre o proxecto de decreto de ordenación de farmacias e caixas de primeiros auxilios do Principado de Asturias.
- Ditame 3138/2000 do Consello de Estado, do 8 de novembro, sobre o proxecto de decreto polo que se desenvolve a Lei da Cámara Oficial de Comercio e Industria da Comunidade de Madrid.
- Santamaría Pastor, Juan Alfonso (2009). *Principios de derecho administrativo general I*. Iustel.





# TÍTULO I

## Dos interesados no procedemento

### CAPÍTULO I

#### A capacidade de obrar e o concepto de interesado

##### **Artigo 3. Capacidade de obrar**

*Para os efectos previstos nesta lei, terán capacidade de obrar ante as administracións públicas:*

- a) As persoas físicas ou xurídicas que teñan capacidade de obrar conforme as normas civís.*
- b) Os menores de idade para o exercicio e defensa daqueles dos seus dereitos e intereses cuxa actuación estea permitida polo ordenamento xurídico sen a asistencia da persoa que exerza a patria potestade, tutela ou curatela. Exceptúase o suposto dos menores incapacitados cando a extensión da incapacitación afecte o exercicio e a defensa dos dereitos ou intereses de que se trate.*
- c) Cando a lei así o declare expresamente, os grupos de afectados, as unións e entidades sen personalidade xurídica e os patrimonios independentes ou autónomos.*

##### **COMENTARIO:**

No ámbito do dereito privado, a capacidade xurídica defínese como a aptitude, en abstracto, para ser titular de dereitos subxectivos e obrigas ou, o que é o mesmo, para ser suxeito, activo ou pasivo, dunha relación xurídica. Porén, a capacidade de obrar será a aptitude dunha persoa para realizar actos con eficacia xurídica, para si mesma e para as outras persoas, exercitando dereitos e contraendo ou cumprindo obrigacións. A capacidade xurídica correspóndelle a toda persoa polo mero feito de existir e emprégase como sinónimo da personalidade. No entanto, a capacidade de

obrar dependerá das circunstancias concretas de cada persoa, e ten un carácter dinámico.

No eido procesual, o binomio capacidade xurídica-capacidade de obrar correspóndese, respectivamente, cos conceptos de capacidade para ser parte e capacidade procesual.

O artigo 3 da LPACAP define a capacidade de obrar necesaria para actuar validamente ante as administracións públicas e, en canto ás persoas físicas e xurídicas, remítese ás normas civís. Deseguido, abordaremos algúns aspectos básicos sobre a cuestión.

De conformidade co artigo 9 do Código civil (en diante, CC), a capacidade das persoas físicas e xurídicas rexeráse pola súa lei persoal, que virá determinada pola nacionalidade.

No caso das persoas físicas de nacionalidade española, a capacidade xurídica adquirese polo feito de nacer e extínguese co falecemento (artigos 29 e 32 do CC). Coa excepción daqueles casos en que a lei esixa algunha condición especial, a plena capacidade de obrar alcanzase coa maioría de idade, que se sitúa nos dezoito anos cumpridos (artigos 12 da Constitución española e 315 e 322 do CC). Superado este límite, a persoa só poderá ser privada, total ou parcialmente, da súa capacidade de obrar mediante sentenza xudicial (artigo 199 do CC). Esa privación, de conformidade co artigo 200 do CC, debe fundarse en “enfermidades ou deficiencias persistentes de carácter físico ou psíquico que lle impidan á persoa gobernarse por si mesma”. Nestes supostos, será a sentenza que no seu día se dite a que determine o alcance e os límites da incapacidade, “o réxime de tutela ou garda a que haxa de quedar sometido o incapaz” e, se for o caso, “a persoa ou persoas que, consonte a lei, han de asistir ou representar o incapaz e velar por el” (artigo 760 da Lei 1/2000, do 7 de xaneiro, de axuízamento civil). Agora ben, a falta dunha plena capacidade de obrar non impedirá que os incapacitados se relacionen coa Administración. Tan só implica que, para poder defender e exercer os seus dereitos ou intereses lexítimos, deberán actuar a través do seu representante legal ou coa asistencia da persoa que deba coidar e velar por el, en función do que dispoña a correspondente resolución xudicial.

Os menores de idade teñen restrinxida a súa capacidade de obrar, pero non a súa capacidade xurídica. Como regra xeral, deberán actuar a través do seu representante legal ou coa súa asistencia. Excepciónase o suposto da emancipación, que habilita o menor para rexer a súa persoa e bens como se fose maior e a comparecer por si só nun xuízo, aínda que para certos actos cualificados seguirá precisando o consentimento do seu representante (artigo 323 do CC).

Convén salientar que os menores de idade tamén poderán ser incapacitados cando concorra neles algunha causa de incapacitación e se preveza razoablemente que esta persistirá despois da maioría de idade (artigo 201 do CC).

Tanto a emancipación como as resolucións xudiciais de incapacitación e de nomeamentos de cargos tutelares e de curadores, deberán inscribirse no Rexistro Civil e, de non facelo, non producirán efectos contra terceiros (artigos 218 e 318 do CC e 755 da Lei 1/2000, do 7 de xaneiro, de axuízamento civil). Por tanto, será o Rexistro Civil o principal elemento para constatar se a capacidade de obrar da persoa física é plena ou se, pola contra, debe intervir ante a Administración mediante un representante legal ou coa asistencia ou a autorización da persoa que legalmente deba velar por ela e asistila.

O artigo 3 da LPACAP parte do recoñecemento da capacidade de obrar a todas as persoas físicas que a teñan, de conformidade coas normas civís, e a continuación amplía o seu ámbito aos “menores de idade para o exercicio e a defensa daqueles dos seus dereitos e intereses cuxa actuación estea permitida polo ordenamento xurídico sen a asistencia da persoa que exerza a patria potestade, tutela ou curatela”, agás os supostos de incapacitación. Agora ben, esa capacidade de obrar puramente administrativa está condicionada a que a actuación independente estea permitida polo ordenamento xurídico. A problemática reside en precisar en que consiste a expresión “estea permitida”. Algúns autores consideran que haberá que estar ao que dispoñan as correspondentes normas sectoriais, e consideran necesaria unha previsión expresa. Así, atopamos ámbitos nos que se regula a cuestión, como por exemplo o artigo 13 do Regulamento de desenvolvemento da Lei orgánica 15/1999, do 13 de decembro, de

protección de datos de carácter persoal, aprobado polo Real decreto 1720/2007, do 21 de decembro, que lles permite aos maiores de 14 anos prestar o seu consentimento para o tratamento de datos, salvo que a lei esixa a intervención dos titulares da patria potestade ou tutela.

Pola contra, outro sector da doutrina considera que a regra xeral debe ser o recoñecemento de capacidade. O menor podería exercitar e defender aqueles dereitos que lle fosen recoñecidos polo ordenamento xurídico, salvo que a disposición que o regule estableza o contrario. Ao noso xuízo, non é doado dar unha solución apriorística e, polo tanto, convén analizar as circunstancias de cada caso concreto. Naqueles supostos en que a norma do procedemento non regule expresamente a capacidade do menor, faise necesario optar pola prudencia en función dos efectos que se poden derivar desa actuación. Se son exclusivamente favorables, sería viable admitir a súa capacidade de obrar, algo que se dá especialmente na actividade administrativa de fomento. Porén, se implicase a asunción de obrigas gravosas, compromisos patrimoniais ou, en xeral, consecuencias desfavorables, é recomendable esixir a intervención dos titulares da patria potestade ou tutela.

A LPACAP, a diferenza do seu antecedente inmediato, menciona expresamente as persoas xurídicas, cuxa personalidade comezará desde o momento en que queden validamente constituídas de acordo coa normativa que lles sexa aplicable (artigo 35 do CC). A distinción entre capacidade xurídica e capacidade de obrar non é tan nítida coma nas persoas físicas, pois no caso da persoa xurídica estamos ante unha ficción creada polo ordenamento xurídico. No dereito comparado, existen dúas tendencias: a que lles recoñece unha capacidade xurídica limitada ao fin para o que foron constituídas e a que lles atribúe unha capacidade xurídica xeral, equiparable á recoñecida ás persoas físicas. Doutrina e xurisprudencia coinciden en que no noso dereito, por principio, as persoas xurídicas gozan dunha capacidade xurídica plena e xeral, aínda que realicen actuacións non comprendidas nos seus fins; cuestións distintas serán as consecuencias da extralimitación. Isto desde un punto de vista xe-

ral, xa que nada impide que as normas que regulen un tipo concreto de persoa xurídica establezan certas restricións ou prohibicións.

Os grupos de afectados, as unións e entidades sen personalidade xurídica e os patrimonios independentes ou autónomos tamén terán capacidade de obrar ante as administracións públicas, cando a lei así o declare expresamente. Estamos ante unha das principais novidades da LPACAP, xa que a Lei 30/1992, do 26 de novembro, do réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común, non tiña unha previsión semellante. Porén, a repercusión práctica desta incorporación será máis ben escasa. A normativa sectorial, moi especialmente a tributaria, xa lles viña recoñecendo capacidade de obrar a estas entidades sen personalidade xurídica propia e, en consonancia con isto, o artigo 18 Lei 29/1998, do 13 de xullo, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa (LXCA) atribúalles capacidade procesual “cando a lei o declarase expresamente”. En todo caso, o decisivo para apreciar esa capacidade de obrar é que unha norma con rango de lei a recoñeza de forma expresa. Exemplos témolos no artigo 35.4 da Lei 58/2003, do 17 de decembro, xeral tributaria; no artigo 8.3 da Lei 9/2007, do 13 de xuño, de subvencións de Galicia, ou no artigo 59 do Texto refundido da Lei de contratos do sector público, aprobado por Real decreto lexislativo 3/2011, do 14 de novembro, relativo ás unións temporais de empresarios.

Xa para rematar, cómpre recordar que só os suxeitos e entidades con capacidade de obrar serán titulares dos dereitos recollidos no artigo 13 da LPACAP. No entanto, para poder ser titular dos dereitos do artigo 53 da LPACAP será preciso ter a condición de interesado.

#### **REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

- Castán Tobeñas, J. (1987). *Derecho civil español, común y foral*, Madrid, Reus, S. A.
- Cobo Olvera, Tomás (2008). *El régimen jurídico de las administraciones públicas y el procedimiento administrativo común. Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Análisis normativo, doctrinal y jurisprudencial*, Madrid, Editorial La Ley.

- Díez Picazo, L. e Gullón, A. (1990). *Sistema de derecho civil*, Madrid, Editorial Tecnos, S. A.
- González Pérez, J. e González Navarro, F. (1997). *Comentarios a la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común*, Madrid, Editorial Civitas, S. A.
- Millán Calenti, R., coordinador (2005). *Lei 30/1992 comentada por letrados da Xunta de Galicia*, Santiago de Compostela, Asociación Profesional de Letrados da Xunta de Galicia.
- Sánchez Morón, M. e Maurandi Guillén, N., directores (2013). *Comentarios a la Ley 30/1992*, Valladolid, Editorial Lex Nova SAU.
- VV. AA. (2002). *Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común*, Navarra, Editorial Aranzadi, S. A.

#### **Artigo 4. Concepto de interesado**

##### *1. Consideranse interesados no procedemento administrativo:*

- a) Os que o promovan como titulares de dereitos ou intereses lexítimos individuais ou colectivos.*
- b) Os que, sen teren iniciado o procedemento, teñan dereitos que poidan resultar afectados pola decisión que nel se adopte.*
- c) Aqueles cuxos intereses lexítimos, individuais ou colectivos, poidan resultar afectados pola resolución e comparezan no procedemento en tanto non se ditase resolución definitiva.*

*2. As asociacións e organizacións representativas de intereses económicos e sociais serán titulares de intereses lexítimos colectivos nos termos que a lei recoñeza.*

*3. Cando a condición de interesado derive dalgunha relación xurídica transmisible, o habente dereito sucederá en tal condición calquera que for o estado do procedemento.*

#### **COMENTARIO:**

Reunir os requisitos de capacidade de obrar recollidos no artigo 3 da LPACAP non autoriza, por si só, a intervir en calquera tipo de procedemento. É necesaria unha especial relación co obxecto do procedemento, de tal xeito que o seu resultado incida dalgunha for-

ma, positiva ou xurídica, na esfera xurídica do suxeito. Esta especial relación denomínase “lexitimación”, concepto propio do ámbito procesual. Así, se atendemos ao artigo 19 da Lei 29/1998, do 13 de xullo, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa (en diante, LXCA), a lexitimación faise depender da titularidade dun dereito ou dun interese lexítimo, xa sexa individual ou colectivo. De forma semellante, a LPACAP vinculará a condición de interesado á existencia de idénticos títulos lexitimadores. Este paralelismo implicará que resulte plenamente aplicable a doutrina e a xurisprudencia sobre lexitimación procesual.

Malia o exposto, non podemos descoñecer que existen normas sectoriais que, en atención aos especiais valores obxecto de protección, recoñecen unha acción pública (por exemplo, o artigo 4 do Texto refundido da Lei de solo, aprobado polo Real decreto legislativo 2/2008, do 20 de xuño). Nestes casos non se esixe condición especial ningunha para intervir no procedemento, o puro interese en defender a legalidade é suficiente para ter lexitimación.

Coa excepción dos supostos de acción pública, a condición de interesado farase depender da titularidade dun dereito subxectivo ou dun interese lexítimo.

Existen múltiples definicións doutrinarias do dereito subxectivo, que se pode conceptualizar como un eido de poder concreto recoñecido polo ordenamento xurídico a un suxeito de dereito, fronte a outros suxeitos, públicos ou privados, de modo que se lles poida esixir o seu cumprimento. A apreciación da existencia de lexitimación sobre esta base non suscita demasiadas dúbidas. Abarca, entre outros, aqueles supostos nos que o titular alegue un dereito recoñecido por unha norma ou pretenda remover obstáculos que impidan o seu exercicio.

O interese lexítimo conceptúase como unha categoría inferior ao dereito subxectivo. Á hora de definilo, a xurisprudencia destacou as seguintes características:

- Implica que o seu titular teña unha especial relación co obxecto do procedemento, no sentido de que a resolución lle afecte dalgunha forma.

- Esa afectación existirá sempre que poida presumirse, razoablemente, que a resolución do procedemento poñerá o titular en condicións de conseguir un determinado beneficio ou de evitar un prexuízo.
- Eses beneficios ou prexuízos poderán ser tanto directos coma indirectos.
- Á hora de apreciar a existencia dun interese, directo ou indirecto, debe adoptarse unha interpretación o máis favorable para o exercicio da acción.
- En ningún caso lexitima a intervención no procedemento o mero interese na defensa da legalidade, agás nos casos de acción pública.

O artigo 4 da LPACAP distingue dous tipos de lexitimación, en función de se se promove ou non a iniciación do procedemento. No primeiro suposto, tanto os titulares dos dereitos coma dos intereses lexítimos reciben un tratamento igualitario, e adquiren o estatus de interesados. Nos procedementos xa iniciados, os titulares dun dereito que se poida ver afectado pola resolución que no seu día se dite terán sempre condición de interesados, con independencia da súa comparecencia. En cambio, os titulares de intereses lexítimos só terán aquela condición se asumen a carga de comparecer e de constituírse como parte no procedemento, antes de que recaia a resolución definitiva.

No texto da lei atopamos medidas dirixidas a facer posible esa comparecencia e a dar a coñecer a existencia dun procedemento administrativo en curso. Se se deixan á marxe os mecanismos de publicación e de información pública (artigos 45 e 83 da LPACAP), a Administración ten a obriga de lles comunicar a existencia dun procedemento que “non tivese publicidade” ás “persoas que sexan titulares de dereitos ou intereses lexítimos e directos” e que “poidan resultar afectadas pola resolución que se dite”, cuxa identificación “resulte do expediente” (artigo 8 da LPACAP). Correlativamente, o artigo 18.2 da LPACAP dispón que “os interesados nun procedemento que coñezan datos que permitan identificar outros interesados que non comparecesen nel teñen o deber de proporcionarllos á Administración actuante”.



O artigo 4.2 da LPACAP dispón que tamén poderán ser titulares de intereses colectivos as asociacións e organizacións representativas de intereses económicos e sociais “nos termos que a lei recoñeza”. A maior parte da doutrina coincide en afirmar que a condición de interesados destas entidades non poden facerse depender de que representen só intereses “económicos ou sociais”, basta que teñan atribuídas a defensa ou representación de intereses colectivos de calquera clase (veciñais, medioambientais, profesionais, etc.). O termo legal de “asociacións” non debe interpretarse nun sentido xurídico estrito, xa que comprende unha variada tipoloxía de figuras asociativas. A expresión “organizacións” tende a identificarse coa denominada administración corporativa, á que fai referencia o artigo 2.4 da LPACAP.

Existen numerosas normas que recoñecen expresamente esa representatividade para determinadas persoas xurídicas. Así, por exemplo, o artigo 7 da Constitución española e o artigo 19.1 da LXCA, en relación cos sindicatos; o artigo 1 da Lei 2/1974, do 13 de febreiro, sobre colexios profesionais; o artigo 3 Lei 4/2014, do 1 de abril, básica das cámaras oficiais de comercio, industria, servizos e navegación ou o artigo 11 da Lei 1/2000, do 7 de xaneiro, de axuízamento civil, e o artigo 24 do Real decreto lexislativo 1/2007, do 16 de novembro, polo que se aproba o texto refundido da Lei xeral para a defensa dos consumidores e usuarios e outras leis complementarias, respecto das asociacións de consumidores e usuarios.

Agora ben, a doutrina tamén insiste en que a expresión “nos termos que a lei recoñeza” non pode entenderse como a necesidade dunha habilitación legal expresa. Mediante o exercicio do dereito fundamental de asociación, queda lexitimada calquera asociación para promover e intervir naqueles procedementos que poidan afectar os fins e o obxecto recollidos nos seus estatutos. Estes elementos son os que definen o ámbito dos intereses colectivos que representan e que nos permitirán pronunciarnos sobre a súa lexitimación. Ao igual que o exposto con anterioridade, ten que existir unha relación entre eses intereses e o obxecto do procedemento, máis alá da pura defensa da legalidade.

O artigo 4.3 da LPACAP dispón que “cando a condición de interesado derivase dalgũa relación xurídica transmisíble, o habente dereito sucederá en tal condición calquera que sexa o estado do procedemento”. A regulación é idéntica á prevista no artigo 22 da LXCA. Recolle tanto supostos de transmisión *inter vivos* coma *mortis causa*. Isto comprendería os supostos de falecemento do interesado ou de extinción da súa personalidade xurídica. Non son transmisíbles aquelas relacións nas que se tiveron en consideración as circunstancias persoais do interesado, por desaparecer o fundamento do procedemento. Por exemplo, unha inscrición de parella de feito, de adopción, de recoñecemento do grado de dependencia, etc.

En todo caso, para que opere a sucesión o habente dereito deberá acreditar a transmisión e a correspondente adquisición por calquera medio de proba admisíble en dereito.

En canto ao seu tratamento no procedemento, a lexitimación debe comprobarse de oficio. Porén, na maior parte das ocasións, a titularidade do dereito ou do interese aparecerá indisolublemente unida ao fondo do asunto e deberá ser tratada como tal ao longo de todo o proceso, xa que da demostración desa titularidade derivará o contido da correspondente resolución. Isto supón que, para o recoñecemento da condición de interesado, bastará coa invocación do dereito polo seu titular, sen que teña que acreditar o cumprimento de suposto de feito previsto na norma para o seu nacemento. Ese será o obxecto do procedemento principal. Por exemplo, para iniciar un procedemento de responsabilidade patrimonial e adquirir a condición de interesado, é suficiente a afirmación de que se sufriu un dano. Porén, na tramitación do procedemento deberá constatar-se a produción real do dano e os restantes requisitos legais para que se recoñeza, mediante a correspondente resolución, o dereito a ser indemnizado.

No caso dun interese lexítimo, será carga do cidadán a de argumentar no seu escrito como se verá afectada a súa esfera xurídica e persoal pola resolución que no seu día poida ditarse. De gardar silencio sobre este aspecto e de non contar o órgano instructor con datos que poida inferirse a lexitimación, debería acudir-se ao trámite

de emenda. En todo caso, no exame preliminar da lexitimación hai que adoptar unha interpretación o máis favorable para o exercicio da acción, e convén recordar que será na instrución do procedemento, e non no trámite de admisión, onde se comprobará tanto o exame dos feitos e da legalidade aplicable como a existencia dunha efectiva lexitimación.

Para rematar este apartado, só resta facer unha pequena referencia ao interesado no procedemento sancionador. Tradicionalmente, considerouse que unicamente tiña esta condición aquela persoa fronte á que o procedemento se dirixe como presunto infractor das normas administrativas. En consecuencia, o denunciante non tería a condición de interesado.

A xurisprudencia, paulatinamente, diferenciou entre denunciante “simple” e denunciante “cualificado”. O primeiro límitase a poñer en coñecemento da Administración uns feitos presuntamente constitutivos de infracción administrativa. O segundo, a maiores, ten unha especial relación co obxecto do procedemento, que fai que a imposición da sanción poida producir un efecto positivo na súa esfera xurídica ou que poida eliminar unha carga ou gravame nesa esfera. Agora ben, ese interese non pode ampararse na mera declaración da infracción ou na imposición da sanción, pois sería equivalente á mera defensa da legalidade. É preciso obter unha utilidade, unha posición de vantaxe ou un beneficio real (por exemplo, o veciño prexudicado pola infracción de limiares de contaminación acústica dunha discoteca ou por vertedoiros ilegais situados nun terreo veciño). De darse esta condición, o denunciante podería ter a condición de interesado. Malia o anterior, as súas posibilidades de impugnación e actuación, dada a especial natureza dos procedementos sancionadores, serían bastante limitadas. O estudo da cuestión corresponde ao artigo 64 da LPACAP.

#### **REFERENCIAS XURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Sentenza do 13 novembro de 2002 do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 1.<sup>ª</sup>), recurso núm. 1154/2002.

- Sentenza do 7 xullo de 2009 do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 4.<sup>a</sup>), recurso núm. 4372/2007.
- Sentenza do 17 maio de 2012 do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 2.<sup>a</sup>), recurso núm. 5366/2009.
- Castán Tobeñas, J. (1987). *Derecho civil español, común y foral*, Madrid, Reus S. A.
- García de Enterría, E. e Fernández, Tomás Ramón (2002). *Curso de derecho administrativo*, Madrid, Civitas Ediciones, S. L.
- González Pérez, J. e González Navarro, F. (1997). *Comentarios a la ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común*, Madrid, Editorial Civitas S. A.
- Millán Calenti, R., coordinador (2005). *Lei 30/1992 comentada por letrados da Xunta de Galicia*, Santiago de Compostela, Asociación Profesional de Letrados da Xunta de Galicia.
- Sánchez Morón, M. e Maurandi Guillén, N., directores (2013), *Comentarios a la Ley 30/1992*, Valladolid, Editorial Lex Nova SAU.
- Santamaría Pastor, J. A. (2000). *Principios de derecho administrativo*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S. A.
- VV.AA. (2002). *Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común*, Navarra, Editorial Aranzadi, S. A.

## Artigo 5. Representación

1. Os interesados con capacidade de obrar poderán actuar por medio de representante, co cal se entenderán as actuacións administrativas, salvo manifestación expresa en contra do interesado.

2. As persoas físicas con capacidade de obrar e as persoas xurídicas, sempre que iso estea previsto nos seus estatutos, poderán actuar en representación doutras ante as administracións públicas.

3. Para formular solicitudes, presentar declaracións responsables ou comunicacións, interpoñer recursos, desistir de accións e renunciar a dereitos en nome doutra persoa, deberá acreditarse a representación. Para os actos e xestións de mero trámite presumirase aquela representación.

4. A representación poderá acreditarse mediante calquera medio válido en dereito que deixe constancia fidedigna da súa existencia.

*Para estes efectos, entenderase acreditada a representación realizada mediante apoderamento apud acta efectuado por comparecencia persoal ou comparecencia electrónica na correspondente sede electrónica, ou a través da acreditación da súa inscrición no rexistro electrónico de apoderamentos da Administración pública competente.*

*5. O órgano competente para a tramitación do procedemento deberá incorporar ao expediente administrativo acreditación da condición de representante e dos poderes que ten recoñecidos nese momento. O documento electrónico que acredite o resultado da consulta ao rexistro electrónico de apoderamentos correspondente terá a condición de acreditación para estes efectos.*

*6. A falta ou insuficiente acreditación da representación non impedirá que se teña por realizado o acto de que se trate, sempre que se presente aquela ou se emende o defecto dentro do prazo de dez días que deberá conceder para o efecto o órgano administrativo, ou dun prazo superior cando as circunstancias do caso así o requiriran.*

*7. As administracións públicas poderán habilitar con carácter xeral ou específico persoas físicas ou xurídicas autorizadas para a realización de determinadas transaccións electrónicas en representación dos interesados. A dita habilitación deberá especificar as condicións e as obrigas ás que se comprometen os que así adquiran a condición de representantes, e determinará a presunción de validez da representación salvo que a normativa de aplicación prevexa outra cousa. As administracións públicas poderán requirir, en calquera momento, a acreditación da dita representación. Non obstante, sempre poderá comparecer o interesado por si mesmo no procedemento.*

### **COMENTARIO:**

A análise da representación enmárcase na teoría xeral do dereito, e o seu estudo sitúase na denominada parte xeral de dereito civil. No ámbito do dereito público, sobre esta cuestión existe unha remisión xeneralizada ás normas e conceptos elaborados pola doutrina e xurisprudencia civil. Por tanto, resulta conveniente efectuar unha breve introdución sobre unha serie de aspectos básicos desta institución.

Con carácter xeral, a emisión ou manifestación da vontade ou a produción de determinados actos xurídicos pode realizarse ben di-

rectamente ou ben por medio doutra persoa. Neste último caso, diferenciaremos dúas hipóteses. En primeiro lugar, cabe que se realice o acto mediante a substitución na simple manifestación da vontade, e o terceiro actuará como instrumento de transmisión da vontade allea (por exemplo, o caso do mensaxeiro a quen unha persoa confía o encargo de lle comunicar a outra a súa propia declaración). A segunda posibilidade consiste en que se realice mediante a substitución na propia determinación interna, e o substituto emite a declaración como propia pero ocupa o lugar do substituído no negocio. Este é o caso da representación.

A representación pode ser indirecta ou directa. No primeiro suposto, o representante realiza o acto en nome propio, pero por conta do representado. Iso supón que é o representante o que adquire os dereitos e obrigas, e é necesario un novo acto posterior para transmitir esas consecuencias á esfera xurídica do representado (por exemplo, unha cesión de dereitos).

Na representación directa, o representante realiza o acto en nome e por conta do representado, de tal maneira que os efectos se producen de maneira automática para este último. Un importante sector doutrinal considera que só a representación directa é un verdadeiro caso de representación, falando de “substitución” nos supostos que cualificamos como “indirecta”. Outros autores, coma Díez Picazo, conceptúan a representación indirecta como un auténtico suposto representativo. Disquisicións da doutrina civilista á parte, o certo é que o artigo 5 da LPACAP recolle exclusivamente o suposto de representación directa.

Outra clasificación distingue entre representación legal e voluntaria. A primeira é aquela conferida por lei a certas persoas que, por virtude dun cargo ou oficio ou dunha posición familiar, obran a nome doutras que están impedidas a facelo por si mesmas, e ten por obxecto suplir a falta de capacidade destas últimas. Un exemplo clásico é o dos proxenitores respecto dos seus fillos menores de idade non emancipados (artigos 154 e 162 do Código civil). Non hai que confundila coa asistencia ás persoas con capacidade de obrar restrinxida ou limitada, xa que nestes casos esta “asistencia” integra o

defecto de capacidade, pero sen substituír a vontade da outra persoa (é o caso da curatela).

A representación voluntaria presupón a capacidade do representado. Este, voluntariamente, atribúelle a unha persoa a facultade de obrar no seu nome. Esa atribución recibe o nome de poder, apoderamento ou autorización representativa, e pode definirse como a declaración unilateral de vontade pola que unha persoa (poderdante, representado ou dono do negocio) autoriza a outra para que conclúa no seu nome (apoderado ou representado) un ou varios negocios xurídicos, que han de producir os seus efectos coma se a primeira operase por si mesma.

No marco dun procedemento administrativo, o exame da representación legal deberá facerse en aplicación do artigo 3 da LPACAP, ao constatar a capacidade de obrar. En cambio, o artigo 5 regula exclusivamente a representación voluntaria. De aí a referencia do apartado primeiro a que só os interesados con capacidade de obrar poderán actuar por medio de representante.

De acordo co artigo 5.2, poderán ter a condición de representante tanto as persoas físicas como as xurídicas. Respecto das primeiras, esíxese que teñan plena capacidade de obrar e, respecto das segundas, que os seus estatutos recollan no seu obxecto ou funcións a de actuar como representante. Neste punto interesa destacar que o artigo 14.2 da LPACAP lles impón ás persoas xurídicas a obrigatoriedade de relacionarse por medios electrónicos. Dado o carácter incondicional do precepto e dado que non se restrinxen os interesados, consideramos que esa obrigatoriedade é predicable do representante persoa xurídica, mesmo no caso de que o representado non tivese a obriga de relacionarse por estes medios.

Outra cuestión distinta é que esa actuación poderá realizarse ben a través da persoa física representante de persoa xurídica ou ben pola propia persoa xurídica a través do seu selo electrónico e do correspondente certificado electrónico (artigos 9.2 e 10.2 da LPACAP).

Tamén debe tomarse en consideración que, de conformidade co artigo 23 da Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público, algunhas das causas de abstención e recusación po-

den concorrer respecto da persoa do representante. En concreto, as relativas a ter amizade íntima, inimidade manifesta, vínculo matrimonial ou situación de feito asimilable e o parentesco de consanguinidade dentro do cuarto grao ou de afinidade dentro do segundo, así como compartir despacho profesional ou estar asociado con estes.

O artigo 5.3 da LPACAP enumera unha serie de actos para os que deberá acreditarse a representación e, a continuación, afirma que “para os actos e xestións de mero trámite se presumirá aquela representación”. É necesaria unha lectura integradora deste precepto, no sentido de que a representación só se presume para os actos e xestións de mero trámite, e ha de acreditarse en todas as demais actuacións. Entre elas figuran os supostos mencionados especificamente polo artigo 5.3 da LPACAP, pero non son os únicos. Haberá casos en que a propia norma impón esa constatación, ou ben a súa necesidade dedúcese da natureza do acto de que se trate ou dos dereitos que se exerciten. Así ocorre, por exemplo, nas comparecencias persoais do artigo 19 da LPCAP ou no acceso á información que conteña datos de carácter persoal (o artigo 15 da Lei 19/2013, do 9 de decembro, de transparencia, acceso á información pública e bo goberno, esixe, con carácter xeral, o consentimento expreso e por escrito do afectado).

Tampouco son actos de trámite os acordos, pactos, convenios ou contratos que dean lugar á terminación convencional do procedemento (artigo 86 da LPACAP). Outro tanto pode dicirse dos procedementos substitutivos do recurso de alzada, aos que alude o artigo 112.2 da LPACAP (procedementos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación e arbitraje), e que non merecen necesariamente a cualificación de recursos.

Os medios de proba preferentes para a acreditación da representación serán os documentos públicos, entre os que se inclúen os apoderamentos autorizados por notario (artigo 1216 do CC) e os documentos privados con sinatura notarialmente lexitimada. De conformidade co artigo 256 do Regulamento de organización e réxime do notariado, aprobado polo Decreto do 2 de xuño de 1944, a lexitimación de sinatura “acredita o feito de que unha sinatura foi posta na presenza do notario ou o xuízo deste sobre a súa pertenza a



unha persoa determinada”. No entanto, dada a amplitude do artigo 5.4, tamén será admisible calquera outro medio válido en dereito que deixe constancia fidedigna da súa existencia. Iso permite a inclusión, entre outros, dos documentos privados, en orixinal ou copia auténtica.

Entre os medios de proba especificamente administrativos figura a acreditación da inscrición no rexistro electrónico de apoderamentos da Administración pública competente e o apoderamento *apud acta*. Esta última expresión, propia do ámbito xurisdiccional e recollida no seu día pola Lei de procedemento administrativo de 1958, reflicte aquel apoderamento que se efectúa mediante comparecencia persoal ante as dependencias administrativas. Esta comparecencia poderá efectuarse, por medios electrónicos, na sede electrónica ou ben, de forma presencial, nas oficinas de asistencia en materia de rexistros (artigo 6.5 da LPACAP).

Sexa cal for a forma de acreditación, é imperativo, tal como impón o artigo 5.5 da LPACAP, que quede adecuada constancia no expediente. Só se exceptuarían desta obriga os supostos de representación presunta recollidos no artigo 7 da LPACAP, a cuxo estudo nos remitimos.

A falta ou insuficiente acreditación da representación non impedirá que se teña por realizado o acto de que se trate, sempre que se presente aquela ou se emende o defecto dentro do prazo que, para estes efectos, se deberá conceder. A redacción do precepto comprende os supostos de falta de acreditación e aqueles nos que a xustificación realizada resulte insuficiente. Situación distinta á recollida na norma será cando a representación non exista, ben porque nunca fose outorgado poder polo representado ou ben porque a actuación non estivese comprendida entre as facultades do representante.

Os supostos de ausencia de representación están recollidos, entre outros, nos artigos 1259, 1727 e 1892 do CC. En base a eles, a doutrina e a xurisprudencia civil recoñeceu que o dono do negocio pode ratificar a actuación do representante sen poder. Como regra xeral, o acto de ratificación tería eficacia retroactiva, sempre que con iso non se prexudiquen dereitos de terceiros. Este criterio tamén é

aplicado pola doutrina e xurisprudencia administrativa, e esténdese a posibilidade de emenda aos supostos de ausencia ou insuficiencia da representación, en base a un principio antiformalista e *pro actione*. Nestes casos, bastaría a ratificación polo propio interesado, persoalmente ou través doutro representante con poder bastante para iso. Aplicando esta posición atopamos, por exemplo, a SAN do 19 novembro de 2003, que admite a posibilidade de outorgar *a posteriori* o correspondente poder.

No entanto, é máis que discutible esa retroactividade en prazos imperativos ou preclusivos (por exemplo, prazos de interposición de recurso ou de presentación de ofertas nunha licitación) ou que afecten a terceiros (por exemplo, procedementos de concorrencia competitiva). Podemos atopar sentenzas do Tribunal Supremo que rexeitan expresamente ratificacións efectuadas dentro do prazo de emenda, pero fóra do prazo de interposición do recurso (STS do 28 de novembro de 1995 e STS do 7 de abril de 2000). A STC do 23 de abril de 2013 recoñeceu, sobre este tipo de situacións, “que non resulta contraria ao dereito á tutela xudicial efectiva a interpretación xudicial de que non resulta emendable, non xa a falta de acreditación ou insuficiencia da representación procesual, senón a carencia absoluta desta ante a inexistencia do apoderamento mediante o que se confire”. No entanto, non parece existir un criterio claro na xurisprudencia e na doutrina, e encóntranse sentenzas recentes e autores que admiten a ratificación tamén nestes supostos (por exemplo, Cobo Olvera e a STSX das Illas Baleares do 5 de decembro de 2012). Ante esta disparidade de criterios, recomendamos adoptar unha actitude prudente e tomar especialmente en consideración a existencia de prexuízos a terceiros.

Porén, haberá outros ámbitos da actuación administrativa onde se rexeite por unanimidade esa posibilidade. Por exemplo, en materia de contratación pública, a necesaria existencia de apoderamento enténdese referida ao prazo de presentación de ofertas sen que poida efectuarse a ratificación no prazo de emenda, sobre a base de que a existencia mesma dos requisitos para licitar non é emendable, só a súa acreditación (Resolución do 12 de setembro de 2014 do Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais).

En canto ao trámite de emenda, son aplicables as previsións do artigo 73 da LPACAP; en particular, as recollidas no seu apartado terceiro, das que resulta que se debe admitir a acreditación da representación se se producise antes ou dentro do día en que se notifique a resolución na que se teña por transcrito o prazo.

Finalmente, o apartado 7 do artigo examinado recolle a posibilidade de que as administracións públicas habiliten con carácter xeral ou específico persoas físicas ou xurídicas para a realización de determinadas transaccións electrónicas en representación dos interesados. Constitúe, xunto coa previsión do artigo 12.2 da LPACAP, unha das medidas dirixidas a evitar a fenda dixital.

Esta habilitación cumpre unha dobre finalidade. Por unha banda, define condicións e obrigas que asumirán estes representantes, o que permite levar a cabo unha especie de control administrativo previo. Por outra, determinará a presunción de validez da representación, salvo que a normativa de aplicación prevexa outra cousa. Por tanto, é a habilitación previa a que acredita a representación. No entanto, as administracións públicas poderán requirir, en calquera momento, a acreditación desta representación; isto é, do acto do interesado conferíndolles a súa representación a estas persoas ou entidades.

O outorgamento da representación non lle impide ao interesado comparecer por si mesmo no procedemento en calquera momento. Esta previsión, recollida no apartado 7, é aplicable a calquera suposto de representación.

#### **REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Sentenza do 19 de novembro de 2003 da Audiencia Nacional (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 4.<sup>a</sup>), recurso núm. 127/2003.

Sentenza do 28 novembro de 1995 do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 2.<sup>a</sup>), recurso núm. 708/1993.

Sentenza do 7 abril de 2000 do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 4.<sup>a</sup>), recurso núm. 359/1993.

Resolución 660/2014, do 12 de setembro de 2014, do Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais.

Sentenza do 22 de abril de 2013 do Tribunal Constitucional, recurso de amparo núm. 2090/2011.

Sentenza do 5 de decembro de 2012, do Tribunal Superior de Xustiza das Illas Baleares (Sala do Contencioso-Administrativo), recurso núm. 480/2010.

Cobo Olvera, Tomás (2008). *El régimen jurídico de las administraciones públicas y el procedimiento administrativo común. Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Análisis normativo, doctrinal y jurisprudencial*, Madrid: Editorial La Ley.

González Pérez, J. e González Navarro, F. (1997). *Comentarios a la ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común*, Madrid, Editorial Civitas, S. A.

Millán Calenti, R., coordinador (2005), *Lei 30/1992 comentada por letrados da Xunta de Galicia*, Santiago de Compostela, Asociación Profesional de Letrados da Xunta de Galicia.

Sánchez Morón, M. e Maurandi Guillén, N., directores (2013). *Comentarios a la Ley 30/1992*, Valladolid: Editorial Lex Nova SAU.

VV. AA. (2002). *Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común*, Navarra, Editorial Aranzadi, S. A.

## **Artigo 6. Rexistros electrónicos de apoderamentos**

1. A Administración xeral do Estado, as comunidades autónomas e as entidades locais dispoñerán dun rexistro electrónico xeral de apoderamentos no cal deberán ser inscritos, ao menos, os de carácter xeral outorgados apud acta, presencial ou electronicamente, por quen teña a condición de interesado nun procedemento administrativo a favor de representante, para actuar no seu nome ante as administracións públicas. Tamén deberá constar a verificación da suficiencia do poder realizada.

No ámbito estatal, este rexistro será o Rexistro Electrónico de Apoderamentos da Administración xeral do Estado.

Os rexistros xerais de apoderamentos non impedirán a existencia de rexistros particulares en cada organismo onde se inscriban os poderes outorgados para a realización de trámites específicos nel. Cada organismo poderá dispoñer do seu propio rexistro electrónico de apoderamentos.

2. Os rexistros electrónicos xerais e particulares de apoderamentos pertencentes a todas e cada unha das administracións deberán ser plenamente interoperables entre si, de modo que se garanta a súa interconexión, compatibilidade informática, así como a transmisión telemática das solicitudes, escritos e comunicacións que se incorporen a eles.

Os rexistros electrónicos xerais e particulares de apoderamentos permitirán comprobar validamente a representación dos que actúen ante as administracións públicas en nome dun terceiro, mediante a consulta a outros rexistros administrativos similares, ao rexistro mercantil, da propiedade e aos protocolos notariais.

Os rexistros mercantís, da propiedade, e dos protocolos notariais serán interoperables cos rexistros electrónicos xerais e particulares de apoderamentos.

3. Os asentos que se realicen nos rexistros electrónicos xerais e particulares de apoderamentos deberán conter, ao menos, a seguinte información:

- a) Nome e apelidos ou a denominación ou razón social, documento nacional de identidade, número de identificación fiscal ou documento equivalente do poderdante.
- b) Nome e apelidos ou a denominación ou razón social, documento nacional de identidade, número de identificación fiscal ou documento equivalente do apoderado.
- c) Data de inscrición.
- d) Período de tempo polo cal se outorga o poder.
- e) Tipo de poder segundo as facultades que outorgue.

4. Os poderes que se inscriban nos rexistros electrónicos xerais e particulares de apoderamentos deberán corresponder a algunha das seguintes tipoloxías:

- a) Un poder xeral para que o apoderado poida actuar en nome do poderdante en calquera actuación administrativa e ante calquera Administración.
- b) Un poder para que o apoderado poida actuar en nome do poderdante en calquera actuación administrativa ante unha Administración ou organismo concreto.

- c) *Un poder para que o apoderado poida actuar en nome do poderdante unicamente para a realización de determinados trámites especificados no poder.*

*Para tales efectos, por orde do ministro de Facenda e Administracións Públicas aprobaranse, con carácter básico, os modelos de poderes inscribíbles no rexistro, distinguindo se permiten a actuación ante todas as administracións de acordo co previsto na alínea a) anterior, ante a Administración xeral do Estado ou ante as entidades locais.*

*Cada comunidade autónoma aprobará os modelos de poderes inscribíbles no rexistro cando se circunscriba a actuacións ante a súa respectiva Administración.*

5. *O apoderamento apud acta outorgarase mediante comparecencia electrónica na correspondente sede electrónica facendo uso dos sistemas de sinatura electrónica previstos nesta lei, ou ben mediante comparecencia persoal nas oficinas de asistencia en materia de rexistros.*

6. *Os poderes inscritos no rexistro terán unha validez determinada máxima de cinco anos contados desde a data de inscrición. En todo caso, en calquera momento antes da finalización do dito prazo o poderdante poderá revogar ou prorrogar o poder. As prórrogas outorgadas polo poderdante ao rexistro terán unha validez determinada máxima de cinco anos contados desde a data de inscrición.*

7. *As solicitudes de inscrición do poder, de revogación, de prórroga ou de denuncia deste poderán dirixirse a calquera rexistro, circunstancia que debe quedar inscrita no rexistro da Administración ou organismo ante o cal teña efectos o poder e producirá efectos desde a data en que se realice a dita inscrición.*

#### **COMENTARIO:**

A Lei 11/2007, do 22 de xuño, de acceso electrónico dos cidadáns aos servizos públicos (en diante, LAECSP) recollía a posibilidade, no seu artigo 24, de crear rexistros electrónicos en abstracto, sen ningunha alusión expresa a un rexistro específico de apoderamentos. O Real decreto 1671/2009, do 6 de novembro, polo que se desenvolve parcialmente a LAECSP, creou, no seu artigo 15,

o Rexistro Electrónico de Apoderamentos no ámbito da Administración xeral do Estado, que se desenvolve a través da Orde HAP/1637/2012, do 5 de xullo, pola que se regula o Rexistro Electrónico de Apoderamentos.

A Lei 39/2015, do 1 de outubro, de procedemento administrativo común das administracións públicas (en diante, LPACAP), introduce, no seu artigo 6, a creación dun rexistro electrónico de poderes. Para isto, a norma define uns mínimos necesarios e as restantes administracións implicadas poderán establecer condicións ou características adicionais para adaptalas ás peculiaridades derivadas da súa propia organización administrativa.

A norma impónlles a obriga de dotárense dun rexistro electrónico xeral de poderes á Administración xeral do Estado, ás comunidades autónomas e ás entidades locais, o que non exclúe a existencia de rexistros particulares. O apartado primeiro alude expresamente á posibilidade de que cada organismo poderá dispoñer do seu propio rexistro electrónico de poderes. Se se ten en conta o uso que se fai do termo, baixo a denominación “organismo” debemos entender incluídos os organismos públicos e as entidades de dereito público vinculados ou dependentes das distintas administracións públicas, de conformidade co artigo 2.2 da LPACAP.

En todo caso, para o cumprimento da obriga legal, a disposición adicional segunda da LPACAP permite a adhesión das comunidades autónomas e entidades locais ás plataformas e rexistros da Administración xeral do Estado. A decisión de non adherirse deberá xustificarse en termos de eficiencia conforme o artigo 7 da Lei orgánica 2/2012, do 27 de abril, de estabilidade orzamentaria e sustentabilidade financeira. A maiores, deberán garantir que os seus rexistros propios cumpren cos requisitos establecidos no Esquema nacional de interoperabilidade, no Esquema nacional de seguridade, e nas súas normas técnicas de desenvolvemento.

De conformidade co artigo 6.4, os poderes que se inscriban nos rexistros electrónicos xerais e particulares de poderes deberán corresponder a algunha das seguintes tipoloxías:

- a) Un poder xeral para que o apoderado poida actuar en nome do poderdante en calquera actuación administrativa e ante calquera Administración.
- b) Un poder para que o apoderado poida actuar en nome do poderdante en calquera actuación administrativa ante unha Administración ou organismo concreto.
- c) Un poder para que o apoderado poida actuar en nome do poderdante unicamente para a realización de determinados trámites especificados no poder.

A principal peculiaridade é a posibilidade de inscribir poderes xerais de actuación ante calquera Administración ou organismo público. É dicir, trátase de apoderamentos que producirán efectos fóra do ámbito da Administración á que pertence o rexistro correspondente. A lei introduce aquí dúas garantías. En primeiro lugar, corresponderalle á Administración xeral do Estado a aprobación, mediante orde ministerial, dos modelos deste tipo de poderes xerais. En segundo lugar, o parágrafo primeiro do artigo 6.2 da LPACAP dispón que “os rexistros electrónicos xerais e particulares de apoderamentos pertencentes a todas e cada unha das administracións deberán ser plenamente interoperables entre si, de modo que se garanta a súa interconexión, compatibilidade informática, así como a transmisión telemática das solicitudes, escritos e comunicacións que se incorporen a estes”. A interoperabilidade e a interconexión alcanza tamén o rexistro mercantil, o da propiedade e os protocolos notariais (parágrafo terceiro do artigo 6.2).

En consonancia con esta previsión, o artigo 5.5 da LPACAP permite a acreditación da representación mediante o documento electrónico que acredite o resultado da consulta ao rexistro electrónico de apoderamentos correspondente.

Nos rexistros electrónicos de apoderamentos deberán incluírse, como mínimo, os de carácter xeral outorgados *apud acta* por quen teña a condición de interesado nun procedemento administrativo a favor de representante, para actuar no seu nome ante as administracións públicas. A expresión *apud acta*, propia do ámbito xurisdiccional e recollida no seu día pola Lei de procedemento administra-



tivo de 1958, reflicte aquel apoderamento que se efectúa mediante comparecencia persoal ante as dependencias administrativas. Esta comparecencia poderá efectuarse, por medios electrónicos, na sede electrónica ou, de forma presencial, nas oficinas de asistencia en materia de rexistros (artigo 6.5 da LPACAP).

O artigo 6.1 da norma esixe que conste a verificación da suficiencia do poder. Esta operación de cualificación consiste en apreciar a suficiencia do poder para a realización da actuación administrativa de que se trate. No ámbito autonómico, a Lei 4/2016, do 4 de abril, de ordenación da asistencia xurídica da Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia e do seu sector público precisa, no seu artigo 31, que lles corresponde “aos letrados e letradas da Xunta de Galicia declarar a suficiencia, con carácter de acto administrativo, dos documentos xustificativos dos poderes ou facultades dos que actúen en representación doutros”. Esta actuación, á súa vez, está sometida ao pago dunha taxa por servizos administrativos, modalidade de certificacións, recollida no anexo da Lei 6/2003, do 9 de decembro, de taxas, prezos e exaccións reguladoras da Comunidade Autónoma de Galicia, baixo a denominación de “Verificación de suficiencia e documentos acreditativos de lexitimación”.

O artigo 6.3 da LPACAP contén as mencións mínimas dos asentos rexistrais, onde ha de constar o período de tempo durante o cal se outorga o poder. Este deberá conferirse por tempo determinado, e o artigo 6.6 fixa unha duración máxima de cinco anos computables desde a data de inscrición. En todo caso, en calquera momento antes da finalización do devandito prazo, o poderdante poderá revogar ou prorrogar o poder. As prórrogas terán unha validez determinada máxima de cinco anos, prazo que se contará desde a data de inscrición da prórroga.

Para finalizar, o artigo 6.7 prevé que as solicitudes de inscrición do poder, de revogación, de prórroga ou de denuncia deste poderán dirixirse a calquera rexistro, circunstancia que ha de quedar inscrita no rexistro da Administración ou organismo ante a que teña efectos o poder e producirá efectos desde a data na que se produza a dita inscrición. De aquí destacamos dous aspectos. En primeiro lugar, a

posibilidade de presentar as correspondentes solicitudes en rexistros distintos ao da Administración destinataria. En segundo lugar, que a denuncia ou revogación só producirán efectos desde a súa inscrición. Por tanto, serán válidas as notificacións efectuadas a través do representante mentres este non faga constar a súa denuncia ou mentres o representado non comunique a revogación.

As previsións do artigo 6 entrarán en vigor o 2 de outubro de 2018, de conformidade coa disposición final sétima da LPACAP.

#### **REFERENCIAS XURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Gamero Casado, E. e Valero Torrijos, J. (2010). *La Ley de administración electrónica*, Navarra, Editorial Aranzadi, S. A.

Piñar Mañas, J. L. (2011). *Administración electrónica y ciudadanos*, Navarra, Editorial Aranzadi, S. A.

#### **Artigo 7. Pluralidade de interesados**

*Cando nunha solicitude, escrito ou comunicación figuren varios interesados, as actuacións a que deren lugar efectuaranse co representante ou co interesado que expresamente sinalasen, e, na súa falta, co que figure en primeiro termo.*

#### **COMENTARIO:**

De forma similar ao que ocorre no ámbito xudicial, nun procedemento administrativo podemos recoller numerosos supostos de pluralidade de interesados.

Atendendo á posición que ocupan, os integrantes desa pluralidade poderán estar situados nun mesmo plano, defendendo idénticos intereses, ou en posicións enfrontadas. Neste último caso, pode ser que unha das partes defenda a mesma posición que a Administración ou ben que cada unha defenda un interese autónomo, en cuxo caso a Administración actuará como unha especie de árbitro.

En función do momento temporal no que se produce, a pluralidade poderá ser inicial ou sobrevida. Na primeira hipótese, varios

suxeitos interveñen no procedemento desde a súa iniciación. Na segunda, os interesados incorpóranse a un procedemento en curso de forma sucesiva. Isto pode deberse a moi distintas razóns, como pode ser a comparecencia espontánea dos interesados ou a raíz dos emprazamentos formulados ao abeiro do artigo 8 da LPACAP, pola acumulación de oficio de varios procedementos (artigo 57 da LPACAP) ou por unha transmisión da titularidade da relación xurídica (artigo 4.3 da LPACAP) que derive nunha pluralidade de habente dereito.

Aclarado isto, podemos observar que o artigo 7 da LPACAP, a pesar da amplitude do seu título, aborda un tipo concreto de pluralidade de interesados: aquela que se pon de manifesto a través da primeira solicitude, escrito ou comunicación presentada. Así mesmo, parte da premisa de que ese proceder responde a unha confluencia ou unidade de intereses.

Estamos ante supostos nos que varios interesados, de maneira consciente e deliberada, realizan unha actuación de forma conxunta. A norma, en consecuencia, impón que as actuacións subseguintes se entendan co representante ou co interesado expresamente sinalado ou, na súa falta, co que figure en primeiro termo.

A importancia práctica deste precepto estriba en que non é necesaria a notificación individualizada de cada un dos actos posteriores á primeira comunicación, co que se consegue axilizar o procedemento. De non existir unha previsión semellante e no caso de non designarse un representante único, habería que realizar tantas notificacións como interesados figurasen no correspondente escrito, por aplicación da regra xeral contida no artigo 40.1 da LPACAP, cos consecuentes diferentes prazos de impugnación. Relacionado con este precepto está a previsión do artigo 66.2 da LPACAP, que permite que “cando as pretensións correspondentes a unha pluralidade de persoas teñan un contido e fundamento idéntico ou substancialmente similar poderán ser formuladas nunha única solicitude, salvo que as normas reguladoras dos procedementos específicos dispoñan outra cousa”.

Partindo do teor literal do artigo 7, podemos diferenciar tres supostos de feito:

1. Que no escrito se designe expresamente un representante.
2. Que se indique expresamente que as actuacións deberán entenderse só con un dos interesados.
3. Que a solicitude, escrito ou comunicación garde silencio sobre este punto.

O primeiro suposto entra de cheo na teoría xeral da representación, recollida no artigo 5 da LPACP. O representante poderá ser uns dos interesados, designado expresamente como tal, ou un terceiro alleo ao procedemento. Desde este punto de vista, a norma non engade nada ás disposicións xerais da lei e, para determinar o alcance da representación en relación cos actos cualificados do artigo 5.3 da LPACAP, deberemos atender aos termos concretos do apoderamento. Cando a comunicación á que se refire o artigo 7 consista nunha solicitude, declaración responsable, comunicación ou interposición dun recurso, o correspondente escrito, por imperativo do artigo 11.2 da LPACAP, deberá ir asinado por todos os interesados. Esta característica permite considerar ese escrito inicial como un medio válido de acreditación da representación, e é tamén factible que recolla limitacións ao alcance do apoderamento.

Nos supostos segundo e terceiro, a lei establece unha presunción de representación a favor do interesado expresamente designado no escrito ou, no caso de que este garde silencio, do interesado designado en primeiro lugar. Esta atribución de representación non se ve alterada polo feito de que en posteriores comunicacións se altere a orde na que figuran os interesados. A Administración, para determinar con quen se entenderán as actuacións, deberá respectar, en todo momento, a orde establecida no primeiro escrito, solicitude ou comunicación presentada conxuntamente no procedemento.

Os efectos do artigo 7 da LPACA son dobres. Por unha banda, a Administración terá a obriga de practicar as comunicacións con quen se designe segundo a norma, e esa notificación producirá plenos efectos para todos os interesados. A notificación que non se axuste ao anterior non pode entenderse correctamente practicada.

Por outra, a representación estenderase a todas as actuacións que se realicen no procedemento e non só ás que deriven directamente do escrito ou comunicación inicial.

O artigo 7 non impide que o resto dos interesados que integren esa pluralidade actúen de forma individual no procedemento formulando alegacións, achegando documentos ou propoñendo probas, por exemplo. A única consecuencia práctica será que a Administración terá a obriga de tomalas en consideración á hora de redactar a proposta de resolución (artigo 76 da LPACAP). A representación, expresa ou presunta, cesará tras unha manifestación expresa de calquera dos interesados (artigo 5.1 da LPACAP), pero só respecto del. A representación continuará producindo efectos para os demais integrantes da pluralidade.

Como apuntabamos con anterioridade, o artigo 7 da LPCACP parte de que a unidade de actuación responde a unha unidade de intereses. Por tanto, naqueles casos en que durante a instrución do procedemento se advirta a existencia de intereses contrapostos entre os interesados, co fin de evitar unha indefensión, a Administración estará obrigada a poñer de manifesto ese conflito e a entenderse directamente cos interesados ou ben por grupos de pretensións.

En relación cos actos de disposición, no caso de que a pluralidade de interesados designe expresamente un representante, aplicaremos as normas propias da representación, e deberá acreditarse que o apoderamento alcanza a desistencia e a renuncia de dereitos. Nos supostos de representación presunta, resultaría aplicable a regra prevista no artigo 94.2 da LPACAP, que precisa que “se o escrito de iniciación se formulou por dous ou máis interesados, a desistencia ou a renuncia só afectará a aqueles que a formulasen”. Por tanto, a renuncia ou desistencia efectuada polo interesado co que deban entenderse as actuacións non alcanza os restantes.

A obriga de notificación da resolución que poña fin ao procedemento quedará cumprida mediante a notificación ao representante, expreso ou presunto, que resulte do artigo 7. Agora ben, cada un dos integrantes da pluralidade poderá, de ser o caso, formular os oportunos recursos de forma independente.

**REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

- Cobo Olvera, Tomás (2008). *El régimen jurídico de las administraciones públicas y el procedimiento administrativo común. Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Análisis normativo, doctrinal y jurisprudencial*, Madrid, Editorial La Ley.
- González Pérez, J. e González Navarro, F. (1997). *Comentarios a la ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común*, Madrid, Editorial Civitas, S. A.
- Millán Calenti, R., coordinador (2005). *Lei 30/1992 comentada por letrados da Xunta de Galicia*, Santiago de Compostela, Asociación Profesional de Letrados da Xunta de Galicia.
- Sánchez Morón, M. e Maurandi Guillén, N., directores (2013). *Comentarios a la Ley 30/1992*, Valladolid, Editorial Lex Nova SAU.
- VV. AA. (2002). *Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común*, Navarra, Editorial Aranzadi, S. A.

**Artigo 8. Novos interesados no procedemento**

*Se durante a instrución dun procedemento que non tivo publicidade se advirte a existencia de persoas que sexan titulares de dereitos ou intereses lexítimos e directos cuxa identificación resulte do expediente e que poidan resultar afectadas pola resolución que se dite, comunicarase a estas persoas a tramitación do procedemento.*

**COMENTARIO:**

O artigo 8 da LPACAP introduce o deber de lles comunicar a existencia dun procedemento administrativo aos titulares de dereitos ou intereses lexítimos e directos cuxa identificación resulte do expediente e que poidan resultar afectados pola resolución que se dite. A premisa da que se parte é que esa identificación se produza durante a “instrución dun procedemento que non tivese publicidade”.

O antecedente directo deste precepto é o artigo 34 da Lei 30/1992, do 26 de novembro, do réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común, e a única diferenza

é que na redacción anterior se facía referencia á “publicidade en forma legal”. A pequena supresión que opera o artigo 8 da LPACAP, ao noso xuízo, non afecta os aspectos esenciais da obriga nin altera o contido que a doutrina e a xurisprudencia lle viñan atribuíndo.

A expresión “que non teña publicidade” non pode entenderse nun sentido literal, no sentido de que o deber de comunicación non é aplicable nos procedementos cuxa existencia fose divulgada pola Administración, ben a través da publicación prevista no artigo 45 da LPACAP, ben por efectuar un tramite de información pública (artigo 83 da LPACAP) ou ben por dalo a coñecer por outros medios. Dada a escasa repercusión que teñen estes medios e na medida en que non garanten o coñecemento efectivo do procedemento, a doutrina insiste en que, tan pronto como se identifiquen persoas cuxos dereitos ou intereses lexítimos se vexan afectados, é recomendable comunicarlles a súa tramitación, aínda que fose obxecto de publicidade. Exceptuáramos aqueles casos en que conste que xa coñecían esta tramitación ou en que razoablemente puidera entenderse que a publicidade efectuada, polo seu ámbito ou polas condicións dos destinatarios, é suficiente para suplir unha notificación individualizada.

Por outra parte, o termo “instrución” non pode identificarse exclusivamente coa fase do procedemento regulada nos artigos 75 a 83 da LPACAP. Calquera que sexa o momento no que se advirta a existencia de persoas con dereito a seren chamadas, deberá comunicárselles a tramitación do procedemento.

Do exposto ata este punto podemos concluír que o artigo 8 da LPACAP ten un clara finalidade garantista. Por este motivo, a expresión “se durante a instrución dun procedemento que non tivese publicidade” debe interpretarse dun xeito amplo e ha de evitarse a indefensión das persoas que poden resultar afectadas pola resolución que no seu día se dite.

En termos semellantes, a previsión legal de que a “identificación resulte do expediente” non permite excluír a obriga de chamamento cando a existencia destas persoas non figure ou non se deduza formalmente do expediente do procedemento obxecto de tramitación.

É irrelevante o medio a través do cal a Administración adquire ese coñecemento, e pode ser consecuencia da información que estaba no seu poder ou que lle fose facilitada por terceiros. Así, por exemplo, o artigo 18.2 da LPACAP dispón que “os interesados nun procedemento que coñezan datos que permitan identificar outros interesados que non comparecesen nel teñen o deber de proporcionarllos á Administración actuante”.

O artigo 8 restrinxe a obriga de comunicación da existencia do expediente só aos titulares de dereitos e intereses lexítimos e directos. A primeira cuestión que convén destacar é que o ámbito do precepto non coincide coa definición de interesado. O artigo 4 da LPACAP recolle dous títulos lexitimadores: dereito subxectivo e interese lexítimo, individual ou colectivo. Ese interese, pola súa vez, pode ser directo ou indirecto, como recoñeceu en reiteradas ocasións a xurisprudencia.

Os titulares dun dereito que se poida ver afectado pola resolución que se dite nun procedemento terán sempre a condición de interesados, aínda que non promovan a súa iniciación. En cambio, os titulares dun interese lexítimo adquirirán aquela condición cando promovan a iniciación ou cando, sen promovela, comparezan no procedemento antes de que se dite a resolución definitiva. Neste contexto, o artigo 8 examinado constitúe un medio dirixido a permitir que os titulares dun interese lexítimo que non promoveron a iniciación poidan converterse en interesados. Agora ben, a obriga de comunicación non alcanza calquera interese, só o directo. As razóns da restrición son, esencialmente, de carácter práctico. De alcanzar tamén o interese indirecto, categoría case sempre indefinida e indeterminada, o deber de emprazamento sería un trámite moi difícil de cumprir dun xeito perfecto. Porén, non podemos descoñecer as dificultades para distinguir, nun caso concreto, un interese directo dun indirecto. Por tanto, é recomendable facer unha ponderación dos efectos da falta de comunicación na esfera xurídica das persoas afectadas e empregar sempre unha interpretación favorable ao exercicio da acción.

Unha vez efectuada a comunicación pola Administración actuante, os titulares dos dereitos ou intereses lexítimos directos pode-



rán comparecer no prazo conferido para o efecto. Como regra xeral, de compareceren, non será preciso retrotraer o procedemento. Exceptúanse aquelas actuacións nas que a falta de intervención poida derivar na produción de indefensión.

#### **REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Resolución do 16 de xullo de 1996 (Depósitos de contas e nomeamentos de auditores), da Dirección Xeral dos Rexistros e do Notariado.

Cobo Olvera, Tomás (2008). *El régimen jurídico de las administraciones públicas y el procedimiento administrativo común. Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Análisis normativo, doctrinal y jurisprudencial*, Madrid, Editorial La Ley.

González Pérez, J. e González Navarro, F. (1997). *Comentarios a la ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común*, Madrid, Editorial Civitas, S. A.

Millán Calenti, R., coordinador (2005). *Lei 30/1992 comentada por letrados da Xunta de Galicia*, Santiago de Compostela, Asociación Profesional de Letrados da Xunta de Galicia.

Sánchez Morón, M. e Maurandi Guillén, N., directores (2013). *Comentarios a la Ley 30/1992*, Valladolid, Editorial Lex Nova SAU.

VV. AA. (2002). *Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común*, Navarra, Editorial Aranzadi, S. A.

## **CAPÍTULO II**

### **Identificación e sinatura dos interesados no procedemento administrativo**

#### **Artigo 9. Sistemas de identificación dos interesados no procedemento**

1. As administracións públicas están obrigadas a verificar a identidade dos interesados no procedemento administrativo mediante a comprobación do seu nome e apelidos ou denominación ou razón social, segundo

corresponda, que consten no documento nacional de identidade ou documento identificador equivalente.

2. Os interesados poderán identificarse electronicamente ante as administracións públicas a través de calquera sistema que conte cun rexistro previo como usuario que permita garantir a súa identidade. En particular, serán admitidos, os sistemas seguintes:

- a) Sistemas baseados en certificados electrónicos recoñecidos ou cualificados de sinatura electrónica expedidos por prestadores incluídos na Lista de confianza de prestadores de servizos de certificación. Para estes efectos, enténdense comprendidos entre os citados certificados electrónicos recoñecidos ou cualificados os de persoa xurídica e de entidade sen personalidade xurídica.
- b) Sistemas baseados en certificados electrónicos recoñecidos ou cualificados de selo electrónico expedidos por prestadores incluídos na Lista de confianza de prestadores de servizos de certificación.
- c) Sistemas de clave concertada e calquera outro sistema que as administracións públicas consideren válido, nos termos e condicións que se establezan.

Cada Administración pública poderá determinar se só admite algún destes sistemas para realizar determinados trámites ou procedementos, aínda que a admisión dalgún dos sistemas de identificación previstos na alínea c) levará a admisión de todos os previstos nas alíneas a) e b) anteriores para ese trámite ou procedemento.

3. En todo caso, a aceptación dalgún destes sistemas pola Administración xeral do Estado servirá para acreditar fronte a todas as administracións públicas, salvo proba en contrario, a identificación electrónica dos interesados no procedemento administrativo.

## **COMENTARIO:**

O artigo 9 ten por obxecto analizar os sistemas admisibles para a identificación dos interesados e estrutúrase en dous apartados. O segundo, sobre o que volveremos máis adiante, céntrase na identificación na tramitación electrónica dos procedementos. O primeiro, que analizaremos a continuación, despregará principalmente a súa efica-

cia respecto das actuacións do interesado que se produzan de forma presencial ou en soporte papel. Para unha análise máis detida desta cuestión remitímonos ao comentario do artigo 11 da LPACAP.

O artigo 9.1 da LPACAP reitera a obriga das administracións públicas, recollida no artigo 11.1, de verificar a identidade dos interesados no procedemento administrativo. A referida verificación efectuarase mediante a “comprobación do seu nome e apelidos ou denominación ou razón social, segundo corresponda, que consten no documento nacional de identidade ou documento identificador equivalente”. É significativo o escaso desenvolvemento dos instrumentos de identificación de persoas físicas se o comparamos con outros sectores nos que, tradicionalmente, se regulou de maneira expresa o deber de identificación. Tal é o caso, por exemplo, do artigo 161 do Regulamento da organización e réxime do notariado, aprobado mediante o Decreto do 2 de xuño de 1944, ou do Real decreto 304/2014, do 5 de maio, polo que se aproba o Regulamento da Lei 10/2010, do 28 de abril, de prevención do branqueo de capitais e do financiamento do terrorismo.

O artigo 9.1 da LPACAP refírese en primeiro lugar ao documento nacional de identidade (en diante, DNI), que se usa como termo de comparación para determinar a equivalencia dos restantes documentos identificadores. A Lei orgánica 4/2015, do 30 de marzo, de protección da seguridade cidadá (en diante, LOPSC) defíneo no seu artigo 8.1 como un “documento público e oficial” con “suficiente valor por si só para a acreditación da identidade e dos datos persoais do seu titular”. Agora ben, só permite identificar as persoas físicas de nacionalidade española.

O DNI é obrigatorio a partir dos 14 anos de idade (art. 9.1 da LOPSC), pero xorde a problemática de como identificar os interesados menores desta idade. Na maioría dos casos, actuarán a través dos seus representantes legais, xa sexan os titulares da patria potestade ou os seus titores. Nestes supostos, xeralmente, os documentos acreditativos da representación poden ter eficacia identificadora respecto do propio menor, especialmente se consisten en certificacións do Rexistro Civil. Respecto daqueles menores de catorce anos aos que

o ordenamento xurídico permita a súa actuación sen a asistencia da persoa que exerza a patria potestade, tutela ou curatela (artigo 3 da LPACAP), o principal medio co que poderemos contar é, ademais das propias certificacións do Rexistro Civil, co denominado Libro de familia. En conformidade co artigo 36 do Regulamento da Lei do Rexistro Civil, aprobado polo Decreto do 14 de novembro de 1958, o Libro de familia contén “follas destinadas a certificar”, entre outros extremos, o nacemento ou a adopción dun fillo e, en xeral, calquera feito que afecte a patria potestade. O libro terá o valor dunha certificación (artigos 8 e 75 da Lei do Rexistro Civil, do 8 de xuño de 1957).

Neste punto, é interesante lembrar a Lei 20/2011, do 21 de xullo, do Rexistro Civil, que entrará en vigor o 30 de xuño de 2017. Un dos aspectos máis significativos da reforma que implica esta norma reside na creación, no seu artigo 5, dun rexistro individual para cada persoa en que constarán os feitos e actos relativos á identidade e todos os feitos relativos ao estado civil. Deste xeito, supérase a configuración tradicional na que os feitos se inscribían en libros e seccións diferentes, ao tempo que se potencia a implantación da Administración electrónica neste sector. Con esta nova configuración, o Libro de familia, en canto que documento acreditativo do matrimonio e da filiación, perde gran parte da súa razón de ser. En consonancia co anterior, a disposición transitoria terceira da Lei 20/2011, do 21 de xullo, dispón que deixen de expedirse a partir do 30 de xuño de 2017, aínda que os expedidos con anterioridade manteranse e continúaranse practicando neles as inscricións correspondentes.

Entre os documentos identificadores dos nacionais españois, alternativos ao DNI, figura o pasaporte que “salvo proba en contrario, acredita a identidade e nacionalidade dos cidadáns españois fóra de España e, dentro do territorio nacional, as mesmas circunstancias dos españois non residentes” (artigo 11 da LOPSC).

En relación co permiso de condución, aínda que a normativa que o regula non lle atribúe expresamente efectos identificadores, existen determinadas leis que si o fan. Por exemplo, o artigo 85.1 da Lei orgánica 5/1985, do 19 de xuño, do réxime electoral xeral,

permite a identificación do elector mediante “documento nacional de identidade, pasaporte ou permiso de conducir en que apareza a fotografía do titular”. Estes mesmos documentos son os utilizados para a identificación dos destinatarios no servizo postal universal, de conformidade co artigo 32 do Regulamento que rexe a prestación dos servizos postais, aprobado mediante o Real decreto 1829/1999, do 3 de decembro. A iso debe engadírselle o feito de que existe numerosa xurisprudencia que recoñece o permiso de condución para os efectos identificadores (sentenza da Audiencia Provincial de Madrid do 31 outubro 2008 e STS do 29 de novembro de 2011).

En relación coas persoas físicas de nacionalidade estranxeira, deberemos atender principalmente á normativa en materia de estranxeiría, en particular á Lei orgánica 4/2000, do 11 de xaneiro, sobre dereitos e liberdades dos estranxeiros en España e a súa integración social. E tamén debemos ter en conta o seu regulamento de desenvolvemento, aprobado mediante o Real decreto 557/2011, do 20 de abril (en diante, RLODLE). Con carácter xeral, a identificación podería efectuarse mediante a documentación que acredite a súa identidade expedida polas autoridades competentes do país de orixe ou de procedencia (artigo 13 da LOPSC), entre as cales terá perfecta cabida o pasaporte (artigo 208 do RLODLE).

Tamén poderían empregarse documentos expedidos polas autoridades españolas, medio que ao noso xuízo debe ser preferente. De conformidade co artigo 210 do RLODLE, todos os estranxeiros aos que se lles expedise un visado ou unha autorización para permanecer en España por un período superior a seis meses teñen o dereito e o deber de obter a tarxeta de identidade de estranxeiro. Igualmente válido será o número de identidade de estranxeiro ou NIE, do que serán dotados, para os efectos de identificación, “os estranxeiros a cuxo favor se inicie un procedemento para obter un documento, que non sexa un visado, que os habilite para permanecer en territorio español; aqueles aos que se lles incoou un expediente administrativo en virtude do disposto na normativa sobre estranxeiría e aqueles que, polos seus intereses económicos, profesionais ou sociais, se relacionen con España” (artigo 206 do RLODLE).

Outra norma que convén ter en conta é o Real decreto 240/2007, do 16 de febreiro, de entrada, libre circulación e residencia en España de cidadáns dos Estados membros da Unión Europea e doutros Estados parte no Acordo sobre o Espazo Económico Europeo. Os cidadáns deses Estados, para unha residencia superior a tres meses en territorio español, están obrigados a inscribirse no Rexistro Central de Estranxeiros. Os membros das familias deses cidadáns que “non teñan a nacionalidade dun destes Estados, cando o acompañen ou se reúnan con el, poderán residir en España por un período superior a tres meses, e estarán suxeitos á obriga de solicitar e de obter unha tarxeta de residencia de familiar de cidadán da Unión (artigo 7.5 e 8.1 do Real decreto 240/2007, do 16 de febreiro). Tanto o certificado de inscrición como a tarxeta de residencia de familiar de cidadán da Unión poderían ser usados coa finalidade de identificar o interesado estranxeiro.

En relación coa identificación electrónica, o artigo 9.2 da LPA-CAP parte da admisibilidade de calquera sistema que conte cun rexistro previo como usuario, e establécese como condición esencial que permita garantir a identidade do interesado. Definida así a regra xeral, a norma enumera unha serie de sistemas que se axustarían a este esquema, pero manterase aberta a posibilidade de que as administracións públicas introduzan calquera outro que “consideren válido”. A través destas fórmulas, o lexislador básico estatal pretende garantir o principio de neutralidade tecnolóxica, orientado a non impoñer o uso dunha determinada tecnoloxía.

En relación cos tipos de certificados electrónicos, remitímonos á exposición que se fará no comentario do artigo 10 da LPACAP.

En canto aos sistemas de clave concertada, no eido estatal existe o sistema Cl@ve, aprobado pola Orde PRE/1838/2014, do 8 de outubro, pola que se publica o Acordo do Consello de Ministros, do 19 de setembro de 2014, polo que se aproba Cl@ve, a plataforma común do sector público administrativo estatal para a identificación, autenticación e sinatura electrónica mediante o uso de claves concertadas.

No caso da Comunidade Autónoma galega, contamos co sistema Chave365, aprobado mediante a Resolución conxunta do 3 de

setembro de 2015, da Vicepresidencia e Consellería de Presidencia, Administracións Públicas e Xustiza e da Axencia para a Modernización Tecnolóxica de Galicia, pola que se acorda a posta en funcionamento de Chave365, servizo de claves concertadas da Administración xeral e do sector público autonómico de Galicia.

Conclúe o artigo 9.2 coa previsión de que a admisión dalgún dos sistemas de identificación previstos na alínea c) implicará a admisión de todos os previstos nas alíneas a) e b) anteriores para ese trámite ou procedemento. Iso supón que só cabe acudir aos medios de clave concertada e equivalentes se se admiten previamente para ese trámite ou procedemento os sistemas baseados en certificados electrónicos recoñecidos ou cualificados.

De conformidade co artigo 9.3, a aceptación dalgún dos sistemas do artigo 9.2 pola Administración xeral do Estado “servirá para acreditar, fronte a todas as administracións públicas, salvo proba en contrario, a identificación electrónica dos interesados no procedemento administrativo”. Do anterior despréndese que o acto de identificación electrónica efectuada pola Administración estatal terá efectos respecto das demais administracións públicas.

#### **REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

- Sentenza 496/2008, do 31 outubro de 2008, da Audiencia Provincial de Madrid (Sección 15.<sup>a</sup>), recurso núm. 340/2008.
- Sentenza 1283/2011, do 29 de novembro de 2011, do Tribunal Supremo (Sala do Penal), recurso núm. 2467/2010
- Corona Herrero, J. U. (2007). “Una nueva Administración: modernidad y tecnología”, en *Diario La Ley*, n.º 5, Sección Temas de Hoy, año II, ref. D-169, Editorial La Ley.
- Davara Fernández de Marcos, L. (2016). “Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas: novedades en materia de Administración electrónica”, en *Actualidad Administrativa*, n.º 1, Sección Administración del Siglo XXI, Editorial La Ley.
- Gamero Casado, E. e Valero Torrijos, J. (2010). *La Ley de Administración electrónica*, Navarra, Editorial Aranzadi, S. A.

Piñar Mañas, J. L. (2011). *Administración electrónica y ciudadanos*, Navarra, Editorial Aranzadi, S. A.

## **Artigo 10. Sistemas de sinatura admitidos polas administracións públicas**

1. Os interesados poderán asinar a través de calquera medio que permita acreditar a autenticidade da expresión da súa vontade e consentimento, así como a integridade e inalterabilidade do documento.

2. No caso de que os interesados optasen por relacionarse coas administracións públicas a través de medios electrónicos, consideraranse válidos para efectos de sinatura:

- a) Sistemas de sinatura electrónica recoñecida ou cualificada e avanzada baseados en certificados electrónicos recoñecidos ou cualificados de sinatura electrónica expedidos por prestadores incluídos na Lista de confianza de prestadores de servizos de certificación. Para estes efectos, enténdense comprendidos entre os citados certificados electrónicos recoñecidos ou cualificados os de persoa xurídica e de entidade sen personalidade xurídica.
- b) Sistemas de selo electrónico recoñecido ou cualificado e de selo electrónico avanzado baseados en certificados electrónicos recoñecidos ou cualificados de selo electrónico incluídos na Lista de confianza de prestadores de servizos de certificación.
- c) Calquera outro sistema que as administracións públicas consideren válido, nos termos e condicións que se establezan.

Cada Administración pública, organismo ou entidade poderá determinar se só admite algúns destes sistemas para realizar determinados trámites ou procedementos do seu ámbito de competencia.

3. Cando así o dispoña expresamente a normativa reguladora aplicable, as administracións públicas poderán admitir os sistemas de identificación determinados nesta lei como sistema de sinatura cando permitan acreditar a autenticidade da expresión da vontade e consentimento dos interesados.



4. *Cando os interesados utilicen un sistema de sinatura dos previstos neste artigo, a súa identidade entenderase xa acreditada mediante o propio acto da sinatura.*

#### **COMENTARIO:**

Como veremos na análise do artigo 11 da LPACAP, a sinatura constitúe un medio para garantir tanto a autenticidade do documento como a declaración de vontade contida nel. Estas notas definitorias están plenamente presentes no artigo 10.1 da lei cando afirma que “os interesados poderán asinar a través de calquera medio que permita acreditar a autenticidade da expresión da súa vontade e consentimento, así como a integridade e inalterabilidade do documento”.

Mentres que a sinatura manuscrita cumpre exclusivamente esta función, a sinatura electrónica desempeña unha adicional: a identificación. Tomemos como exemplo os sistemas de sinatura recollidos pola lei, baseados no emprego de certificados electrónicos cualificados ou recoñecidos. O artigo 9.2 da LPACAP permite utilizar eses certificados recoñecidos ou cualificados para a identificación electrónica dos interesados. No entanto, á hora de empregarse a sinatura, esta xerárase en base ao certificado que ten aparelado, polo que a sinatura e a identificación se producirán de forma simultánea. É dicir, mediante o propio acto de asinar, o interesado acreditará a súa vontade e, asemade, a súa identidade. Este aspecto técnico recóllese, desde a perspectiva xurídica, no artigo 10.4, ao dispoñer que “cando os interesados utilicen un sistema de sinatura dos previstos neste artigo, a súa identidade entenderase xa acreditada mediante o propio acto da sinatura”.

Os medios de sinatura electrónica admitidos enuméranse no apartado segundo do artigo examinado. Para a súa análise resulta obrigado acudir aos conceptos básicos da Lei 59/2003, do 19 de decembro, de sinatura electrónica (en diante, LSE) e ao Regulamento (UE) núm. 910/2014 do Parlamento Europeo e do Consello, do 23 de xullo de 2014, relativo á identificación electrónica e aos servizos

de confianza para as transaccións electrónicas no mercado interior e pola que se derroga a Directiva 1999/93/CE (en diante, RIESCTE).

Ambas as normas regulan, de forma coincidente, tres tipos de sinaturas en función dos estándares de calidade e seguridade. O artigo 3.1 da LSE define a sinatura electrónica como un “conxunto de datos en forma electrónica, consignados xunto a outros ou asociados con eles, que poden ser utilizados como medio de identificación do asinante”. Aquí encadraríanse mecanismos máis simples, como a utilización de contrasinais ou unha sinatura manual, dixitalizada e incorporada a un documento como imaxe.

A sinatura electrónica avanzada (art. 3.2 da LSE) é a sinatura electrónica que permite identificar o asinante e detectar calquera cambio ulterior dos datos asinados, que está vinculada ao asinante de maneira única e aos datos a que se refire e que foi creada por medios que o asinante pode utilizar, cun alto nivel de confianza, baixo o seu exclusivo control.

Aínda que a normativa de referencia se axusta ao principio de neutralidade tecnolóxica, na práctica a sinatura electrónica avanzada identifícase coa denominada sinatura dixital, sinatura electrónica baseada nunha infraestrutura de clave pública (PKI). Nos sistemas criptográficos de carácter asimétrico ou de clave pública, o emisor aplica unha clave privada, á que só el ten acceso, para codificar a mensaxe. O destinatario da mensaxe aplica a clave pública para descifrar os datos transmitidos. Os datos encriptados coa clave privada só poderán descifrarse mediante o emprego da clave pública correspondente. A sinatura dixital só acredita que a clave privada utilizada para asinar a mensaxe lle corresponde a clave pública que permite desencriptalo. O certificado electrónico será o encargado de identificar o asinante con ese par de claves. Este certificado é emitido por un terceiro denominado na LSE prestador de servizos de certificación e, no RIESCTE, prestador de servizos de confianza, e será o encargado de comprobar a identidade do signatario antes de expedir un certificado.

Tanto a LAECSP coma o RIESCTE distinguen dous tipos de certificados en función das garantías na identificación. O artigo 6.1 da

LSE define o certificado electrónico como un documento asinado electronicamente por un prestador de servizos de certificación que vincula uns datos de verificación de sinatura a un asinante e confirma a súa identidade. E son certificados recoñecidos os certificados electrónicos expedidos por un prestador de servizos de certificación que cumpra os requisitos e obrigas esixidos pola LSE (artigo 11.1 da LSE). Esas obrigas consisten fundamentalmente na identificación persoal do solicitante a través da súa comparecencia con carácter previo á expedición do certificado (artigo 13 da LSE).

Semellantes previsións atopámolos no artigo 3 do RIESCTE, malia que se substitúe a expresión “recoñecido” por “cualificado”. De aí que os artigos 9.2 e 10.2 da LPACAP as empreguen como equivalentes.

De conformidade co artigo 3.4 da LSE, cando a sinatura electrónica avanzada estea baseada nun certificado recoñecido e fose xerada mediante un dispositivo seguro de creación de sinatura, denominarase sinatura electrónica recoñecida (sinatura electrónica cualificada na terminoloxía do RIESCTE) e terá, “respecto dos datos consignados en forma electrónica, o mesmo valor que a sinatura manuscrita en relación cos consignados en papel”. A atribución destes efectos pon de manifesto que estamos ante a sinatura electrónica con maiores garantías de seguridade

O RIESCTE regula, a maiores, tres clases de selo electrónico: selo electrónico, selo electrónico avanzado e selo electrónico cualificado. Tamén se distinguirá un certificado de selo electrónico e un certificado cualificado de selo electrónico. As definicións de todos estes conceptos coinciden, no esencial, coas definicións dadas para os conceptos equivalentes da sinatura electrónica. A principal diferenza entre selo e sinatura radica en que o RIESCTE reserva os certificados de sinatura electrónica para as persoas físicas (incluídas as persoas físicas representantes de persoas xurídicas ou de entidades sen personalidade xurídica) e os certificados de selo electrónico para as persoas xurídicas e entidades sen personalidade. Esta norma entrará en vigor na súa totalidade a partir do 1 de xullo de 2016, data a partir da cal non se poderían expedir os certificados de sina-

tura electrónica de persoa xurídica e de entidade sen personalidade xurídica aos que fan referencia os artigos 9.2.a) e 10.2.a) da LPA-CAP. Porén, de conformidade co criterio da Secretaría de Estado para as Telecomunicacións e para a Sociedade da Información, os certificados de sinatura xa emitidos poderán seguir utilizándose ata a súa caducidade ou revogación, pero non poderán renovarse despois daquela data.

Feita a exposición teórica, comprobamos como a lei permite asinar a través dos sistemas de sinatura electrónica cualificada ou recoñecida e selo electrónico cualificado ou recoñecido. A sinatura electrónica avanzada e selo electrónico avanzado só serán admisibles cando se baseen en certificados electrónicos recoñecidos ou cualificados. Os certificados electrónicos de todos estes tipos de sinatura e selo deberán ser expedidos por prestadores incluídos na Lista de confianza de prestadores de servizos de certificación. A referida lista responde á esixencia do artigo 22 do RIESCTE de que cada Estado membro estableza, manteña e publique “listas de confianza con información relativa aos prestadores cualificados de servizos de confianza con respecto aos cales sexa responsable”.

Tamén será admisible calquera outro sistema que as administracións públicas consideren válido, pero sempre e cando permita acreditar a autenticidade da expresión da vontade e consentimento do interesado, así como a integridade e a inalterabilidade do documento.

Na implantación da Administración electrónica debe observarse o mandato que recolle o artigo 15.2 da LSE, dirixido a todas as persoas físicas ou xurídicas, públicas ou privadas, co fin de recoñecer “a eficacia do documento nacional de identidade electrónico para acreditar a identidade e os demais datos persoais do titular que consten nel, e para acreditar a identidade do asinante e a integridade dos documentos asinados cos dispositivos de sinatura electrónica nel incluídos”. O Real decreto 1553/2005, do 23 de decembro, polo que se regula a expedición do documento nacional de identidade (DNI) e os seus certificados de sinatura electrónica, concreta que o chip da tarxeta soporte do DNI contén certificados recoñecidos de autenticación e sinatura, cuxo período de validez non será superior

a 5 anos. Será, por tanto, un dos medios necesariamente admisibles polos artigos 9.2 e 10.2 da LPACAP.

Finalmente, o artigo 10.3 da LPACAP prevé que “cando así o dispoña expresamente a normativa reguladora aplicable, as administracións públicas poderán admitir os sistemas de identificación recollidos nesta lei como sistemas de sinatura cando permitan acreditar a autenticidade da expresión da vontade e consentimento dos interesados”. O principal campo de aplicación serán os sistemas aos que alude o artigo 9.2.c) da LPACAP, e entre os cales se sitúan os sistemas de clave concertada. A día de hoxe, os sistemas Cl@ve e Chave365 permiten a sinatura de documentos.

#### **REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

- Corona Herrero, J. U., “Una nueva Administración: modernidad y tecnología”, en *Diario La Ley*, n.º 5, Sección Temas de hoy, terceiro trimestre de 2007, ano II, ref. D-169, Editorial La Ley.
- Davara Fernández de Marcos, L., “Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas: novedades en materia de Administración electrónica”, en *Actualidad Administrativa*, n.º 1, Sección Administración del siglo XXI, xaneiro 2016, Editorial La Ley.
- Gallego García, F., “Firma electrónica: elementos tecnológicos”, en *El Consultor de los Ayuntamientos*, n.º 5, Sección Opinión, quincena do 15 ao 29 de marzo de 2015, ref. 548/2015, páx. 548, Editorial La Ley.
- Gamero Casado, E. e Valero Torrijos, J. (2010). *La Ley de Administración electrónica*, Navarra, Editorial Aranzadi, S. A.
- García Más, F. J., “La firma de las personas jurídicas. Comentario al artículo 7 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica”, en *Actualidad Civil*, n.º 17, Sección A Fondo, quincena do 1 ao 15 de outubro de 2005, páx. 2064, tomo 2, Editorial La Ley.
- García Más, F. J., “La firma electrónica: clases de firma electrónica. Los documentos electrónicos. Análisis del artículo 3 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre”, en *Actualidad Civil*, n.º 6, Sección

A Fondo, quincena do 16 ao 31 marzo de 2005, páx. 645, tomo 1, Editorial La Ley.

Martínez Nadal, A. (2009). *Comentarios a la Ley 59/2003 de sinatura electrónica*, Navarra, Editorial Aranzadi, S. A.

Piñar Mañas, J. L. (2011). *Administración electrónica y ciudadanos*, Navarra, Editorial Aranzadi, S. A.

### **Artigo 11. Uso de medios de identificación e sinatura no procedemento administrativo**

1. *Con carácter xeral, para realizar calquera actuación prevista no procedemento administrativo será suficiente con que os interesados acrediten previamente a súa identidade a través de calquera dos medios de identificación previstos nesta lei.*

2. *As administracións públicas só requirirán aos interesados o uso obrigatorio de sinatura para:*

- a) Formular solicitudes.*
- b) Presentar declaracións responsables ou comunicacións.*
- c) Interpoñer recursos.*
- d) Desistir de accións.*
- e) Renunciar a dereitos.*

### **COMENTARIO:**

O capítulo II do título I da Lei 39/2015, do 1 de outubro, do procedemento administrativo común das administracións públicas (en diante, LPACAP), leva por rúbrica “Identificación e sinatura dos interesados no procedemento administrativo”. Nos artigos 9 e 10, respectivamente, regúlanse os medios a través dos cales poderá identificarse e asinar o interesado, mentres que o artigo 11 se centra na determinación dos supostos en que un e outro trámite serán obrigatorios.

Mediante a comprobación da identidade, o órgano administrativo coñece quen realiza o trámite e constata que esa persoa é quen di

ser. Pero, ao tempo, tamén permite verificar que reúne os requisitos de capacidade precisos para actuar validamente no procedemento.

No entanto, a sinatura está concibida como un elemento para constatar a vontade manifestada ante a Administración. A Real Academia Galega defínea como o “nome ou trazo característico escrito polo seu posuidor nun documento, como garantía da súa autenticidade ou da súa autoría” e “autenticidade como calidade de auténtico”, que “é o que aparenta ou o que se di que é”. Por tanto, a sinatura relaciónase directamente co documento asinado, que constata tanto a autenticidade do documento como a declaración de vontade contida nel. Dese xeito, a sinatura garante que o asinado responde á vontade do seu autor e, en definitiva, acredita a súa vontade.

Esta diferenciación entre identificación e sinatura non é nova. En certa forma, xa estaba presente na Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico da administracións públicas e do procedemento administrativo común (en diante, LRX-PAC), aínda que non se regulara expresamente. Así, no seu artigo 70.1, dispoñía que o escrito de solicitude debía conter o “nome e apelidos do interesado e, se for o caso, da persoa que o represente” e, por outra banda, a “sinatura do solicitante ou acreditación da autenticidade da súa vontade expresada por calquera medio”. En termos parecidos, no escrito de interposición dun recurso administrativo deberían figurar tanto a sinatura coma “o nome e apelidos do recorrente, así como a súa identificación persoal”, segundo o artigo 110.1 da LRX-PAC.

A Lei 11/2007, do 22 de xuño, de acceso electrónico dos cidadáns aos servizos públicos (en diante, LAECSP) tamén recollía esta distinción, dun xeito un tanto confuso, a través dos conceptos de “identificación” e “autenticación” (capítulo II do título II da LAECSP). Así, o artigo 13 da LAECSP empregaba a rúbrica de “Formas de identificación e autenticación” para, deseguido, recoller os sistemas de sinatura electrónica que as administracións públicas admitirán nas súas relacións por medios electrónicos. Esta aparente indistinción obedece a que a sinatura electrónica desempeña unha dobre función: identifica o asinante e constata a súa vontade. Este aspecto está recollido, a día de hoxe, no artigo 10.4 da LPACAP, ao afirmar

que “cando os interesados utilicen un sistema de sinatura admitido na tramitación electrónica do procedemento a súa identidade entenderase xa acreditada mediante o propio acto da sinatura”.

Porén, será a normativa comunitaria a que recolla, de forma máis clara, esa distinción; en particular, o Regulamento (UE) núm. 910/2014 do Parlamento Europeo e do Consello, do 23 de xullo de 2014, relativo á identificación electrónica e os servizos de confianza para as transaccións electrónicas no mercado interior e pola que se derroga a Directiva 1999/93/CE. Este regulamento desenvolve o concepto da identidade electrónica como elemento alternativo á certificación electrónica para o acceso aos servizos electrónicos da Administración pública. Este esquema foi incorporado á LPACAP, e regula de forma separada a identificación e a manifestación da vontade. Agora ben, e tal e como veremos, esa incorporación vai máis alá do procedemento electrónico administrativo, e alcanza a tramitación en soporte papel.

Como norma xeral, o artigo 11.1 da LPACAP prevé que para realizar calquera actuación prevista no procedemento administrativo será suficiente con que os interesados acrediten previamente a súa identidade. O artigo 9.1 pronúnciase en termos semellantes, ao afirmar que “as administracións públicas están obrigadas a verificar a identidade dos interesados no procedemento administrativo”, mediante a “comprobación do seu nome e apelidos ou denominación ou razón social, segundo corresponda, que consten no documento nacional de identidade ou documento identificador equivalente”.

Unha interpretación literal de ambos os preceptos levaría á conclusión de que a obrigación de identificación só se predica respecto daqueles suxeitos nos que conorra a condición de interesado. Porén, ao noso xuízo, esa verificación debería estenderse a todos os suxeitos que interveñan no procedemento administrativo dalgunha forma.

Nos casos de actuación a través de representante, a identificación do interesado é obrigada, pois é na súa esfera xurídica onde se producirán os efectos da actuación administrativa daquel. Porén, tamén é necesario deixar constancia no expediente da verificación da identidade do representante, dado que é un elemento necesario para



constatar a existencia de título representativo suficiente (o poder confírelle a unha persoa determinada a facultade de obrar en nome doutro).

Nos actos e xestións de mero trámite, nos que se presume a representación (inciso final do artigo 5.3 da LPACAP), consideramos que segue sendo necesario identificar quen realiza a actuación concreta e deixar constancia no expediente. Isto constituirá unha garantía fronte a posibles controversias futuras, como por exemplo cando o interesado negue que lle encomendou a alguén realizar o acto de que se trate.

Pero a necesidade de identificación vai máis alá do propio interesado e do seu representante, xa que alcanza a toda persoa que interveña no procedemento. Algúns supostos están presentes, explícita ou implicitamente, na propia lei. Por exemplo, o artigo 42.2 da LPACAP obriga a deixar constancia da identidade da persoa que se faga cargo da notificación cando o interesado non se atope no seu domicilio no momento de practicarse. Igualmente, o artigo 19 da LPACAP regula a comparecencia das persoas (concepto máis amplo ca interesado) ante as oficinas públicas. Aínda que a norma non o diga expresamente, a identificación segue sendo necesaria, pois debe constatarse que comparece quen debe facelo.

Ao entrar nos supostos concretos de identificación, podemos diferenciar actuacións escritas, presenciais e electrónicas. Nestas últimas, a identificación efectuarase polos sistemas recollidos no artigo 9.2 da LPACAP.

No caso de actuacións escritas, debemos lembrar que, con carácter xeral, os únicos para os que a utilización de medios electrónicos será un dereito, e non unha obriga, son as persoas físicas (artigo 14 da LPACAP). O artigo 9.1 da LPACAP esixe que a identificación se basee no “documento nacional de identidade ou documento identificador equivalente”. Neste punto, chama a atención que, a pesar de ser obrigatorio, non atopemos ningunha referencia ao medio de identificación no artigo 66.1 da LPACAP, que regula o contido da solicitude. En cambio, o artigo 115, relativo ao escrito de interposición dos recursos administrativos, esixe que conste “o nome e apelidos do recorrente, así como a súa identificación persoal”.

Os documentos identificativos, en canto que documentos elaborados por unha Administración pública, entran de cheo no ámbito do artigo 28.2 da LPACAP. De conformidade con este precepto, “os interesados non estarán obrigados a achegar documentos que fosen elaborados por calquera Administración, sempre que o interesado expresase o seu consentimento a que sexan consultados ou solicitados os ditos documentos. Presumirase que a consulta ou obtención é autorizada polos interesados, salvo que conste no procedemento a súa oposición expresa ou a lei especial aplicable requira consentimento expreso”. Esta previsión ten os seus antecedentes no Real decreto 522/2006, do 28 de abril, polo que se suprime a achega de fotocopias de documentos de identidade nos procedementos administrativos da Administración xeral do Estado e dos seus organismos públicos vinculados ou dependentes, no artigo 6 da LAECSP e, no ámbito autonómico, no Decreto 255/2008, do 23 de outubro, polo que se simplifica a documentación para a tramitación dos procedementos administrativos e se fomenta a utilización de medios electrónicos.

Esa consulta efectuarase a través da denominada rede SARA (Sistema de aplicacións e redes para as administracións), que estaría incluída entre os medios de transmisión de datos entre administracións públicas do artigo 155 da Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público. Entre os servizos ofertados pola rede SARA, figura o Sistema de verificación de datos de identidade, que permite a comprobación do documento nacional de identidade e dos documentos acreditativos da identidade ou tarxetas equivalente dos estranxeiros residentes en territorio español.

O exposto ata este punto implica que, en relación con actuacións escritas, bastará a consignación dos datos relativos ao DNI ou documento identificador equivalente. En caso de oposición expresa, de falta de consentimento expreso cando a lei aplicable o esixa ou cando os datos identificadores en poder doutras administracións non puidesen conseguirse por medios electrónicos, deberán acompañarse á actuación escrita correspondente.

Finalmente, en canto ás actuacións presenciais, tales como comparecencias ou práctica de proba que así o requiran (por exemplo,

declaracións de testemuñas), deberá incorporarse ao expediente a xustificación da identificación realizada, e consignarse o documento identificador empregado.

De conformidade co artigo 11.2 da LPACAP, “as administracións públicas só lles requirirán aos interesados o uso obrigatorio de sinatura” para formular solicitudes, presentar declaracións responsables ou comunicacións, interpoñer recursos, desistir de accións e renunciar a dereitos. Isto non supón que non poida esixirse a sinatura do interesado en actuacións distintas ás anteriores, senón que esta non será obrigatoria para el. Haberá actuacións administrativas nas que resulte útil incorporar a sinatura do interesado ou persoa que interveña, especialmente cando o documento para asinar recolla un relato dos feitos ocorridos. Pénsese, por exemplo, nas notificacións practicadas mediante entrega directa dun empregado público ou por comparecencia espontánea nas oficinas de asistencia en materia de rexistro (artigo 41.1 da LPACAP) ou en actas que reflectan o contido dunha proba realizada en presenza do interesado ou do seu representante. Como apuntamos, a sinatura non é obrigatoria, e é posible que se negue. Ante esta hipótese, o empregado público actuante deberá recoller no expediente estas circunstancias: ofrecemento de sinatura e negativa a practicala, con expresión, se é o caso, das razóns manifestadas para iso e, finalmente, sinatura e identificación do propio empregado público. En caso de actos de maior importancia, tamén é viable incorporar a identificación e a sinatura de testemuñas da negativa.

Os actos de sinatura obrigatoria do artigo 11.2 coinciden cos supostos en que é necesario acreditar a representación (artigo 5.2 da LPACAP). A pesar de que a lei fale de interesado, nos supostos de actuación a través de representante será este quen asine, en nome do representado, a correspondente solicitude, declaración responsable, comunicación, escrito de interposición, desistencia ou renuncia.

#### **REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Gamero Casado, E. e Valero Torrijos, J. (2010). *La Ley de Administración electrónica*, Navarra, Editorial Aranzadi, S. A.

González Pérez, J. e González Navarro, F. (1997). *Comentarios a la ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común*, Madrid, Editorial Civitas, S. A.

Piñar Mañas, J. L. (2011). *Administración electrónica y ciudadanos*, Navarra, Editorial Aranzadi, S. A.

VV. AA. (2002). *Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común*, Navarra, Editorial Aranzadi, S. A.

## **Artigo 12. Asistencia no uso de medios electrónicos aos interesados**

1. *As administracións públicas deberán garantir que os interesados poden relacionarse coa Administración a través de medios electrónicos, para o que poñerán á súa disposición as canles de acceso que sexan necesarios, así como os sistemas e aplicacións que en cada caso se determinen.*

2. *As administracións públicas asistirán no uso de medios electrónicos aos interesados non incluídos nos números 2 e 3 do artigo 14 que así o soliciten, especialmente no referente á identificación e sinatura electrónica, presentación de solicitudes a través do rexistro electrónico xeral e obtención de copias auténticas.*

*Así mesmo, se algún destes interesados non dispón dos medios electrónicos necesarios, a súa identificación ou sinatura electrónica no procedemento administrativo poderá ser validamente realizada por un funcionario público mediante o uso do sistema de sinatura electrónica do que estea dotado para isto. Neste caso, será necesario que o interesado que careza dos medios electrónicos necesarios se identifique ante o funcionario e preste o seu consentimento expreso para esta actuación, do cal deberá quedar constancia para os casos de discrepancia ou litixio.*

3. *A Administración xeral do Estado, as comunidades autónomas e as entidades locais manterán actualizado un rexistro, ou outro sistema equivalente, onde constarán os funcionarios habilitados para a identificación ou sinatura regulada neste artigo. Estes rexistros ou sistemas deberán ser plenamente interoperables e estar interconectados cos das restantes admi-*

*nistracións públicas, para os efectos de comprobar a validez das citadas habilitacións.*

*Neste rexistro ou sistema equivalente, ao menos, constarán os funcionarios que presten servizos nas oficinas de asistencia en materia de rexistros.*

### **COMENTARIO:**

A utilización de medios electrónicos nas relacións coas administracións públicas experimentou unha notable evolución desde a publicación inicial da Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común (en diante, LRX-PAC). A redacción orixinaria da lei, no seu artigo 45, xa recollía que os cidadáns se relacionasen coas administracións públicas “a través de técnicas e medios electrónicos, informáticos ou telemáticos”, sempre que estes “fosen compatibles cos medios técnicos de que dispoñan as administracións públicas”. A Lei 24/2001, do 27 de decembro, de medidas fiscais, administrativas e da orde social, modificou diversos preceptos da LRX-PAC ao incorporar a posibilidade de rexistros e notificacións telemáticas. Tamén introduciu unha nova disposición adicional décimo oitava que, no ámbito da Administración xeral do Estado e dos seus organismos autónomos, impoñía a comunicación por medios telemáticos. Agora ben, remitía a un posterior desenvolvemento a determinación das concretas solicitudes, comunicacións e procedementos afectados, así como a tipoloxía de entidades e colectivos obrigados a usaren estes medios.

Nesta configuración inicial, o emprego de “medios telemáticos” estaba condicionado á decisión discrecional de cada Administración de habilitar os instrumentos técnicos necesarios. A Lei 11/2007, do 22 de xuño, de acceso electrónico dos cidadáns aos servizos públicos (en diante, LAECSP) deu un paso máis alá e, no seu artigo 1.1, recoñeceu “o dereito dos cidadáns para relacionarse coas administracións públicas por medios electrónicos”. Deste xeito, supérase o marco normativo anterior e defínese un auténtico dereito subxectivo da cidadanía.

A Lei 39/2015, do 1 de outubro, do procedemento administrativo común das administracións públicas (en diante, LPACAP), no seu artigo 14, reitera o dereito das persoas físicas a elixiren “se se comunican coas administracións públicas, para o exercicio dos seus dereitos e obrigas, a través de medios electrónicos ou non”. No entanto, as persoas xurídicas, entidades sen personalidade e certos profesionais e colectivos de persoas físicas estarán obrigados, en todo caso, a relacionarse electronicamente coa Administración.

Neste contexto, o artigo 12.1 da LPACAP impón ás administracións públicas o deber de garantir que os interesados poidan relacionarse coa Administración a través de medios electrónicos. Esta garantía está orientada, por unha banda, a facer real e efectivo aquel dereito e, por outra, a facilitar o cumprimento dos seus deberes aos restantes suxeitos obrigados. Para iso, deberán establecerse as canles de acceso que sexan necesarias, arbitrar os sistemas e aplicacións correspondentes e, en todo caso, asistir os cidadáns no uso destes medios electrónicos [art. 13.b) da LPACAP].

Non podemos descoñecer que, a pesar de que as tecnoloxías da información e a comunicación (TIC) se estenderon notablemente, existen grupos sociais ou territorios que, por distintas razóns, non poden facer uso delas. Isto ocasiona o que se denominou “fenda dixital”, concepto que representa a separación entre aquelas persoas que teñen acceso a tecnoloxías TIC e que as empregan na súa vida diaria, fronte a aquelas que ou ben non teñen acceso a elas ou ben carecen dos coñecementos necesarios para utilizalas. As razóns da fenda poden ser de moi diverso tipo: técnicas, económicas, territoriais, persoais ou educativas.

No ano 2014, só un 74,4 % das vivendas españolas dispoñían de Internet e un 21,4 % da poboación nunca a utilizou. No que á comunidade autónoma se refire, dos datos estatísticos de 2014 resulta que un 71,5 % dos fogares galegos dispoñían dun ordenador, pero só un 70,4 % tiña conexión a Internet.

Neste contexto de fenda dixital, a lei pretende que absolutamente todos os cidadáns teñan a posibilidade efectiva de relacionarse por medios electrónicos, con independencia das súas circunstancias

económicas e/ou sociais e que, ademais, ese acceso se efectúe en condicións de igualdade. Iso entronca directamente co mandato dirixido polo artigo 9.2 da Constitución española aos poderes públicos de que promovan as condicións para que a igualdade do individuo e dos grupos en que se integra sexa real e efectiva.

O artigo 4 da LAECSP recoñecía expresamente, como un dos seus fundamentos básicos, “o principio de igualdade co obxecto de que en ningún caso o uso de medios electrónicos poida implicar a existencia de restricións ou discriminacións para os cidadáns que se relacionen coas administracións públicas por medios non electrónicos”. A actual LPACAP non recolle unha previsión semellante. Esta omisión, así como a doutros principios, foi duramente criticada polo Consello de Estado con ocasión do ditame sobre o anteproxecto de lei.

O exposto ata este punto supón, en definitiva, que a implantación da Administración electrónica non pode traducirse na exclusión de determinados colectivos cidadáns, e ha de evitar que se produza discriminación tecnolóxica. Para iso, a Administración non só deberá prestar asistencia na utilización dos medios, senón tamén arbitrar canles de acceso adecuados para estes colectivos.

A esta finalidade responde o parágrafo segundo do artigo 12.2 da LPACAP. Se un interesado “non dispón dos medios electrónicos necesarios, a súa identificación ou sinatura electrónica no procedemento administrativo poderá ser validamente realizada por un funcionario público mediante o uso do sistema de sinatura electrónica do que estea dotado para iso”. Esta medida non constitúe unha novidade, e xa estaba prevista no artigo 22 da LAECSP e no artigo 14.6 do Decreto 198/2010, do 2 de decembro, polo que se regula o desenvolvemento da Administración electrónica na Xunta de Galicia e nas entidades dela dependentes.

Á hora de definir os destinatarios deste mecanismo, a norma introduce dúas condicións. A primeira é que se trate de persoas físicas non obrigadas a relacionarse por medios electrónicos. Por tanto, os suxeitos obrigados terán o dereito a seren asistidos [ao abeiro do ar-

tigo 13.b) da LPACAP], pero non a utilizar este concreto medio de asistencia.

O segundo requisito é que a persoa física debe carecer dos “medios electrónicos necesarios”. Baixo esta expresión terán cabida tanto os supostos de carencia absoluta de medios coma aqueles casos en que os medios dos que dispón a persoa non sexan aptos para a identificación e sinatura. No primeiro, o sistema tende a eliminar a fenda dixital e, no segundo, a resolver un problema de interoperabilidade.

Os labores de identificación e sinatura deberán ser realizados por un funcionario público especialmente habilitado para iso. Esta mesma esixencia atopámola no seu antecedente directo, o artigo 22 da LAECSP. No entanto, algunhas comunidades autónomas, ao implantar a Administración electrónica, optaron por estender estas facultades aos “empregados públicos” (é o caso do artigo 90 do Decreto 225/2014, do 14 de outubro, de réxime xurídico de Administración electrónica da Comunidade Autónoma de Estremadura). Ao noso xuízo, esta opción non é, nin era, xuridicamente admisible. En primeiro lugar, porque nos encadramos en normativa básica estatal ditada ao amparo do artigo 149.1.18 da Constitución. En segundo lugar, polo propio concepto de “funcionario público”. O artigo 9.2 do Texto refundido da Lei do estatuto básico do empregado público, aprobado polo Real decreto lexislativo 5/2015, do 30 de outubro, sinala que “o exercicio das funcións que impliquen a participación directa ou indirecta no exercicio das potestades públicas ou na salvagarda dos intereses xerais do Estado e das administracións públicas corresponden exclusivamente aos funcionarios públicos”. No ámbito autonómico, o artigo 22.2 da Lei 2/2015, do 29 de abril, de emprego público de Galicia, reserva necesariamente a persoal funcionario, entre outros, os postos que teñan atribuídas funcións que impliquen o exercicio de autoridade ou fe pública. A través da súa propia sinatura, o funcionario público garante a identidade do interesado e constata a súa vontade. Tales labores son cualificados por algúns autores, como Martín Delgado, como propios do exercicio dunha potestade pública. A iso podemos engadirlle que garda importantes similitudes coa fe pública, sen prexuízo de que esixa a constancia expresa do consentimento para evitar eventuais discrepancias futuras.



A utilización deste sistema de identificación e sinatura esixe o desprazamento do interesado a unha oficina administrativa que dispoña de funcionarios habilitados. Será preceptiva a súa identificación persoal e a constatación da vontade manifestada. Xeralmente, ambas as dúas operacións realizaranse por medios físicos, e poderase empregar calquera dos mecanismos previstos nos artigos 8 e 9 da LPACAP. En todo caso, deberá deixarse constancia expresa do documento identificador empregado, do concreto trámite para o que o funcionario emprega a súa sinatura electrónica e do consentimento expreso do interesado, o que deberá alcanzar tanto o contido do trámite coma o feito de empregar a sinatura electrónica do funcionario público.

Outra das novidades da LPACAP radica no alcance dos efectos da actuación realizada polo funcionario habilitado. No esquema deseñado pola LAESCP, a súa eficacia quedaría restrinxida ao ámbito da Administración na que estivese integrado o funcionario. Para que o acto administrativo así cumprido tivese efectos respecto doutras administracións resultaría precisa a sinatura do correspondente convenio de colaboración. Así sucede, no eido estatal, no artigo 16 do Decreto 1671/2009, do 6 de novembro, polo que se desenvolve parcialmente a Lei 11/2007, do 22 de xuño e, para o ámbito galego, no artigo 14.7 do Decreto 198/2010, do 2 de decembro.

O actual artigo 12.2 da LPACAP permite que os actos realizados polo funcionario habilitado teñan efectos ante calquera Administración española. Deste xeito, o interesado que pretenda presentar unha solicitude electrónica ante a Administración autonómica podería acudir a un funcionario habilitado pertencente á Administración xeral do Estado ou a unha entidade local. En consecuencia, ten pleno sentido a esixencia de que eses habilitados figuren recollidos nun rexistro actualizado e que, á súa vez, os rexistros e sistemas da Administración xeral do Estado, as comunidades autónomas e as entidades locais sexan plenamente interoperables e estean interconectados entre si.

O inciso final do artigo 12.3 da LPACAP establece que nos mencionados rexistros ou sistemas deberán constar, ao menos, os fun-

cionarios que presten servizos nas oficinas de asistencia en materia de rexistros. O mesmo sucede no artigo 27.1 da LPACAP, relativo aos funcionarios habilitados para a expedición de copias auténticas. Ambas as previsións foron criticadas polo Consello de Estado, xa que impón “a inscrición nun rexistro específico de todos os funcionarios dunha determinada unidade administrativa, presten ou non o servizo comentado aos cidadáns”. Parece que a intención do lexislador estatal é que os labores de identificación, sinatura e expedición de copias electrónicas se efectúen por todos os funcionarios integrados nas oficinas de asistencia en materia de rexistro. Agora ben, o teor literal da norma di outra cousa, xa que obriga a inscribir a funcionarios con independencia de se existe habilitación. É cuestionable que esteamos ante un aspecto básico.

As previsións respecto do rexistro de funcionarios públicos habilitados e, en consecuencia, a eficacia da extra comentada, entrarán en vigor, de conformidade coa disposición derradeira sétima da LPACAP, o 2 de outubro de 2018.

Para finalizar o estudo do artigo comentado, é obrigado poñer de manifesto que o artigo 13.a) da LPACAP, reconece o dereito das persoas “para ser asistidos no uso de medios electrónicos nas súas relacións coas administracións públicas”. No entanto, o artigo 12.2 da LPACAP restrinxo o dereito a asistencia ás persoas físicas, non obrigadas a relacionarse por medios electrónicos, que reúnan a condición de interesado. Desde o noso punto de vista, a contradición non é tal, senón que o artigo 12 salienta o deber de asistencia respecto destes suxeitos, precisamente para evitar a fenda dixital.

#### **REFERENCIAS XURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Instituto Nacional de Estadística. *Informe del año 2014 sobre equipamiento y uso de tecnologías de la información y comunicación en los hogares.*

Observatorio da Sociedade da Información e Modernización de Galicia (Osimga). *Informe sobre a sociedade da información nos fogares galegos no ano 2014.*

- Corona Herrero, J. U., “Una nueva Administración: modernidad y tecnología”, en *Diario La Ley*, n.º 5, Sección Temas de hoy, terceiro trimestre de 2007, ano II, ref. D-169, editorial La Ley.
- Gamero Casado, E. e Valero Torrijos, J. (2010). *La Ley de Administración electrónica*, Navarra, Editorial Aranzadi, S. A.
- Piñar Mañas, J. L. (2011). *Administración electrónica y ciudadanos*, Navarra, Editorial Aranzadi S. A.



## TÍTULO II

### Da actividade das administracións públicas

#### CAPÍTULO I

##### Normas xerais de actuación

#### **Artigo 13. Dereitos das persoas nas súas relacións coas administracións públicas**

*Os que, de conformidade co artigo 3, teñen capacidade de obrar ante as administracións públicas son titulares, nas súas relacións con elas, dos seguintes dereitos:*

- a) A comunicarse coas administracións públicas a través dun punto de acceso xeral electrónico da Administración.*
- b) A ser asistidos no uso de medios electrónicos nas súas relacións coas administracións públicas.*
- c) A utilizar as linguas oficiais no territorio da súa comunidade autónoma, de acordo co previsto nesta lei e no resto do ordenamento xurídico.*
- d) Ao acceso á información pública, arquivos e rexistros, de acordo co previsto na Lei 19/2013, do 9 de decembro, de transparencia, acceso á información pública e bo goberno, e o resto do ordenamento xurídico.*
- e) A ser tratados con respecto e deferencia polas autoridades e empregados públicos, que deberán facilitarlles o exercicio dos seus dereitos e o cumprimento das súas obrigas.*
- f) A exixir as responsabilidades das administracións públicas e autoridades, cando así corresponda legalmente.*
- g) Á obtención e utilización dos medios de identificación e sinatura electrónica establecidos nesta lei.*
- h) Á protección de datos de carácter persoal e, en particular, á seguranza e confidencialidade dos datos que figuren nos ficheiros, sistemas e aplicacións das administracións públicas.*

*i) Calquera outro que lles recoñeza a Constitución e as leis.*

*Estes dereitos enténdense sen prexuízo dos recoñecidos no artigo 53 referidos aos interesados no procedemento administrativo.*

### **COMENTARIO:**

Usando unha mala terminoloxía informática, podemos definir este artigo como unha versión actualizada do sistema de dereitos contido no artigo 35 da Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e de procedemento administrativo común.

O artigo 45 da Lei 30/1992, do 26 de novembro, impulsou o emprego e a aplicación das técnicas e medios electrónicos, informáticos e telemáticos por parte da Administración no desenvolvemento da súa actividade e no exercicio das súas competencias, o que lle permitiu á cidadanía relacionarse coas administracións sempre e cando os medios técnicos fosen compatibles.

Pero foi a Lei 11/2007, do 22 de xuño, no seu artigo 6, a que configurou como un auténtico dereito da cidadanía o feito de poder relacionarse coas administracións públicas a través de medios electrónicos para o exercicio dos seus dereitos, así como para obter informacións, realizar consultas e alegacións, formular solicitudes, manifestar o seu consentimento, establecer pretensións, efectuar pagos, realizar transaccións e opoñerse ás resolucións e actos administrativos.

Esta nova versión ten como obxectivo romper a resistencia ao cambio e acabar co conflito de versións xurdido tras a aprobación da Lei 11/2007, do 22 de xuño.

As canles de comunicación social son tantas e tan rápidas que as administracións públicas se ven arrastradas pola dinámica do contacto directo e pola constante esixencia de participación e acceso dos cidadáns á información pública.

Os cambios tecnolóxicos esixen a actualización das relacións entre os cidadáns e o sector público, o que garante o acceso electrónico da sociedade a toda a actividade administrativa.

A idea do Open Government (Goberno aberto) e a transparencia na actuación dos poderes públicos subxacen nesta nova versión que xa non recoñece os dereitos dos cidadáns, senón das persoas, nas súas relacións coas administracións públicas.

O título do artigo non é acertado se se ten en conta que, de acordo co artigo 3, o catálogo de dereitos se lles recoñece aos suxeitos que teñan capacidade de obrar ante as administracións públicas e, entre estes, atópanse os suxeitos carentes de personalidade, como os grupos de afectados, as unións e entidades sen personalidade xurídica e os patrimonios independentes ou autónomos.

Deixemos de valorar se o enunciado é ou non o acertado e pasemos a analizar polo miúdo o catálogo de dereitos:

- a) Dereito a comunicarse coas administracións públicas a través dun punto de acceso xeral electrónico da Administración (PAX).

A orixe deste dereito atópase no mandato que o artigo 8 da Lei 11/2007, do 22 de xuño, lles realizou ás administracións públicas co fin de que habilitasen canles e medios para a prestación de servizos electrónicos, co propósito de garantir o acceso universal a estes de todos os cidadáns. Entre os medios propostos, estaba a creación de puntos de acceso electrónico ou sedes electrónicas dispoñibles a través de redes de comunicación.

En Galicia, foi o Decreto 198/2010, do 10 de decembro, polo que se regula o desenvolvemento da Administración electrónica na Xunta de Galicia e nas súas entidades dependentes o que creou ese punto de acceso xeral ou sede electrónica.

A sede electrónica da Xunta de Galicia atópase no enderezo electrónico <https://sede.xunta.es>, a través do cal os cidadáns acceden á información, servizos e trámites electrónicos descritos no artigo 9 do decreto e a aqueles que, por disposición legal ou regulamentaria, deban incluírse nesta.

A Lei 1/2016, do 18 de xaneiro, de transparencia e bo goberno (DOG núm. 30) establece no seu artigo 6 que a información suxeita

ás obrigas de publicidade activa será publicada nas correspondentes sedes electrónicas.

Neste punto, convén aclarar que o decreto permite a creación de sedes electrónicas polos organismos e entidades dependentes, que deben ser accesibles a través do enderezo electrónico da Xunta de Galicia.

Coa creación deste punto de acceso xeral, preténdese a ruptura do abismo tecnolóxico que ata agora separaba a sociedade da Administración, e niso Galicia foi pioneira.

No eido estatal, creouse a Comisión para a Reforma das Administracións Públicas (CORA), por Acordo do Consello de Ministros do 26 de outubro de 2012. Esta comisión creouse coa finalidade de realizar un estudo sobre a situación das administracións públicas en España e de propoñer as reformas que sería necesario introducir nelas, o que supuxo o punto de partida para a creación dese punto de acceso xeral.

Así, unha das medidas propostas no informe CORA foi establecer un “punto de acceso xeral como portal de entrada do cidadán ás administracións públicas e a toda a información de carácter horizontal sobre as actividades, a organización e o funcionamento das administracións e a realización de trámites e servizos máis relevantes”.

Para o informe CORA, a implantación do punto de entrada único do cidadán permitiríalle a este acceder, desde un mesmo lugar, á información das distintas administracións públicas, orientarse nas súas relacións coa Administración, iniciar actuacións administrativas e coñecer o estado de tramitación destas en calquera momento, así como acceder aos servizos que a Administración pon á súa disposición.

A regulación do punto de acceso xeral e da súa sede electrónica levouse a cabo a través da Orde HAP/1949/2014, do 13 de outubro (BOE núm. 260).

A disposición adicional segunda da nova lei de procedemento administrativo permite a adhesión voluntaria das comunidades autónomas e entidades locais ás plataformas e rexistros establecidos para



o efecto pola Administración xeral do Estado. A súa non adhesión deberá xustificarse en termos de eficiencia, conforme o artigo 7 da Lei orgánica 2/2012, do 27 de abril, de estabilidade orzamentaria e sustentabilidade financeira.

Para concluír, debemos lembrar que a disposición transitoria cuarta establece que, mentres non entren en vigor as previsións sobre o punto de acceso xeral electrónico da Administración, as administracións públicas manterán as mesmas canles, medios ou sistemas electrónicos vixentes relativos ás devanditas materias que permitan garantir o dereito das persoas a relacionarse electronicamente coas administracións.

Convén lembrar que o funcionamento electrónico do sector público se regula nos artigos 38 a 46 da Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público, na que se insiste novamente na existencia de sedes electrónicas e do punto de acceso ou portal da internet que permita o acceso a esta e á información publicitada.

b) Dereito a ser asistidos no uso de medios electrónicos nas súas relacións coas administracións públicas.

En estreita conexión co dereito anterior, o dereito a ser asistido no uso de medios electrónicos, recoñecido individualmente no artigo 12 para os interesados non obrigados a relacionarse electronicamente coa administración, forma parte da modernización tecnolóxica da Administración e é unha concreción do dereito recoñecido no artigo 35 da Lei 30/1992, do 26 de novembro, a obter información e orientación acerca dos requisitos xurídicos ou técnicos que as disposicións vixentes lles imponían aos proxectos, actuacións ou solicitudes que se propoñan realizar.

As administracións públicas materializaron este dereito coa creación de oficinas e teléfonos de atención persoal, con guías de procedementos e servizos que se poñen á disposición dos cidadáns a través das sedes electrónicas, con modelos ou sistemas electrónicos de solicitudes; coa comprobación automática de información, e con servizos de acceso restrinxido onde a persoa interesada poderá obter información sobre o estado de tramitación do procedemento, o que

comprende os actos de trámite realizados, o seu contido e a data en que foron ditados.

En Galicia, o Decreto 198/2010, do 2 de decembro, estableceu estas medidas de asistencia e atención ao cidadán ao longo do seu articulado, sen esquecer que a Lei 1/2015, do 1 de abril, de garantía da calidade dos servizos públicos e da boa administración establece os estándares de calidade na atención ao cidadán e crea un sistema integrado de atención á cidadanía no que impulsa o emprego de técnicas telemáticas e informáticas.

Como sinalamos, o dereito desenvólvese no artigo 12 só con relación a aquel interesado que non estea obrigado a relacionarse electronicamente coa Administración, o que leva a cuestionar se os outros interesados teñen dereito nas mesmas condicións ou non.

A doutrina critica que, como veremos no comentario ao artigo 14, se lles impoña a obriga de relacionarse electronicamente coa Administración a todas as persoas xurídicas, a entidades carentes de personalidade e a profesionais liberais de formación e capacidade económica moi dispar e que, precisamente para eles, a lei non recoñeza mecanismos coma o que establece o artigo 12 para os non obrigados de que un funcionario asine electronicamente por eles, logo da identificación e consentimento por escrito.

- c) A utilizar as linguas oficiais no territorio da súa comunidade autónoma, de acordo co previsto nesta lei e no resto do ordenamento xurídico.

Este dereito, aquí meramente enunciado e desenvolvido no artigo 15 que logo comentaremos, parte do recoñecemento do castelán como a lingua oficial do Estado no artigo 3 da Constitución e da cooficialidade das demais linguas españolas nas respectivas comunidades autónomas, de acordo cos seus estatutos.

O artigo 5 da Lei orgánica 1/1981, do 6 de abril, do Estatuto de autonomía para Galicia recoñece que a lingua propia de Galicia é o galego, que os idiomas galego e castelán son oficiais en Galicia, que todos teñen o dereito de coñecelos e usalos e que ninguén poderá ser discriminado por razón da lingua.

Sinala tamén que os poderes públicos de Galicia garantirán o uso normal e oficial dos dous idiomas, que potenciarán a utilización do galego en todas as ordes da vida pública, cultural e informativa, e que dispoñerán os medios necesarios para facilitar o seu coñecemento.

A Lei 3/1983, do 15 de xuño, de normalización lingüística de Galicia, no seu artigo 6, reconece que os cidadáns teñen dereito ao uso do galego, oralmente e por escrito, nas súas relacións coa Administración pública no ámbito territorial da comunidade autónoma e ordénalles aos poderes públicos que promovan o uso normal da lingua galega, oralmente e por escrito, nas súas relacións cos cidadáns.

Veremos no comentario ao artigo 15 como se cumpriron estas previsións.

d) Ao acceso á información pública, arquivos e rexistros, de acordo co previsto na Lei 19/2013, do 9 de decembro, de transparencia, acceso á información pública e bo goberno, e no resto do ordenamento xurídico.

A Lei de transparencia, acceso á información e bo goberno sinala que todas as persoas teñen dereito a acceder á información pública, nos termos previstos no artigo 105.b) da Constitución española, desenvolvidos por esta lei.

Para o acceso á lei non se esixe ter a condición de interesado no procedemento.

A información pública defínese nesta norma como os contidos ou documentos, calquera que sexa o seu formato ou soporte, que obren en poder dalgún dos suxeitos incluídos no ámbito de aplicación deste título e que fosen elaborados ou adquiridos no exercicio das súas funcións.

En Galicia, a Lei 1/2015, do 1 de abril, de garantía da calidade dos servizos públicos e da boa administración cualifica a información pública, en función do seu contido, en:

1) Información xeral: aquela que versa sobre os servizos públicos autonómicos, a estrutura organizativa e o ámbito competencial do sector público autonómico; sobre a guía de procedementos e servizos como sistema que contén o catálogo dos diferentes procedementos e

servizos, os seus trámites, modelos, documentos asociados e a información sobre eles en xeral, así como sobre calquera outro dato que a cidadanía teña dereito a coñecer na súa relación co sector público autonómico no seu conxunto ou con algún dos seus ámbitos de actuación.

A información xeral facilitaráselle á cidadanía sen que para iso se esixa ningún tipo de acreditación de lexitimación.

A información xeral será proporcionada polo conxunto dos órganos, servizos e unidades que conforman o Sistema único de rexistro, baixo a dirección da secretaría xeral técnica competente e a coordinación da dirección xeral competente en materia de avaliación da reforma administrativa, nos termos establecidos regulamentariamente.

2) Información particular: aquela que versa sobre o estado ou contido de procedementos en tramitación ou xa finalizados, así como sobre a identificación das autoridades e persoal ao servizo do sector público autonómico responsable da súa tramitación.

Esta información só se lles poderá facilitar ás persoas que teñan a condición de interesadas en cada procedemento, ou a quen exerza a súa representación legal, de acordo co disposto nos artigos 31 e 32 da Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común, nos termos establecidos no artigo 37 da devandita lei (artigos 4, 5,13 e 16 da Lei 39/2015, do 1 de outubro); na Lei orgánica 15/1999, do 13 de decembro, de protección de datos de carácter persoal, e no artigo 14 da Lei 19/2013, de transparencia, acceso á información pública e bo goberno.

A información particular será proporcionada polos órganos, servizos e unidades de xestión dos ámbitos competenciais específicos.

No entanto, a Lei 1/2016, do 18 de xaneiro, de transparencia e bo goberno de Galicia rompe esta distinción no seu artigo 24, ao non esixir para o acceso á información pública a condición de interesado no procedemento.

- e) A ser tratados con respecto e deferencia polas autoridades e empregados públicos, que haberán de facilitarlles o exercicio dos seus dereitos e o cumprimento das súas obrigas.

Este dereito é unha das pedras angulares da participación dos cidadáns nos asuntos públicos e do necesario achegamento do sector público á cidadanía.

Forma parte do dereito á dignidade humana que, na súa relación coas administracións públicas, se traduce no dereito á cidadanía e no dereito a ter dereitos e a cumprir obrigas polo feito de ser cidadán dun Estado.

No ámbito autonómico, a Lei 1/2015, do 1 de abril, sinala no seu artigo 2 que a cidadanía ten dereito a que se lle garanta a prestación duns servizos públicos de calidade sobre a base da proximidade, a eficiencia, a eficacia e a transparencia. E, no seu artigo 3, logo de recoñecer que a cidadanía ten dereito a unha Administración eficaz que xestione os seus asuntos con imparcialidade, obxectividade e dentro do marco temporal establecido, sinala tamén que ten dereito a recibir un trato respectuoso, imparcial e sen discriminacións e a recibir atención, orientación e información de carácter xeral dentro dos límites establecidos na normativa.

A efectividade deste dereito lógrase non só a través dos mecanismos de avaliación do funcionamento dos servizos públicos, senón fundamentalmente a través doutro dereito, o de queixa e petición, intimamente relacionado co seguinte dereito recoñecido.

- f) A esixir as responsabilidades das administracións públicas e autoridades, cando así corresponda legalmente.

A responsabilidade das administracións públicas atópase recoñecida no artigo 106 da Constitución. No entanto, debemos diferenciar entre a responsabilidade da Administración e a do persoal ao seu servizo.

A responsabilidade da Administración é unha responsabilidade obxectiva, á marxe de culpa ou dolo, a diferenza da responsabilidade do persoal ao seu servizo.

Porén, a responsabilidade administrativa do persoal ao servizo da Administración esixiráselle directamente á Administración, a diferenza da responsabilidade civil ou penal, na que a acción será directa fronte ao empregado público.

A novidade na regulación desta responsabilidade lévanos ao capítulo V do título preliminar da Lei 40/2015, do 1 de outubro, no que destaca como novidade a “responsabilidade patrimonial do Estado lexislador” polas lesións que sufran os particulares nos seus bens e dereitos derivadas de leis declaradas inconstitucionais ou contrarias ao dereito da Unión Europea, e concrétanse tamén as condicións que deben darse para que se poida proceder, se é o caso, á indemnización que corresponda.

g) Á obtención e utilización dos medios de identificación e sinatura electrónica recollidos nesta lei.

Estamos novamente ante o recoñecemento dun dereito tecnolóxico fronte á Administración que ten por obxecto mellorar a interoperatividade nas relacións co sector público facilitando a xestión dos servizos públicos.

É criticable que a lei desenvolva este dereito só cando se refire aos interesados no procedemento, o que xera a dúbida de se os sistemas de identificación ou sinatura recoñecidos para o uso por estes serán ou non aplicables á xeneralidade dos administrados, aínda que o natural é pensar que si, polo que debemos analizar estes sistemas.

A Lei 39/2015, do 1 de outubro, diferencia claramente entre mecanismos de identificación e sinatura.

Como mecanismos de identificación, o artigo 10 referido aos interesados no procedemento recoñece o uso de certificados electrónicos recoñecidos ou cualificados de sinatura, selo electrónico ou clave concertada expedidos por prestadores de servizos de certificación e nos termos ou condicións que determine cada Administración.

Como sistemas de sinatura, fronte á Administración prevese o uso da sinatura ou do selo electrónico recoñecidos ou cualificados baseados en certificados recoñecidos ou cualificados expedidos por prestadores de confianza ou calquera outro sistema de sinatura que

a Administración considere válido nos termos e condicións que estableza.

Os mesmos sistemas de identificación e sinatura previstos para os interesados son recoñecidos para o persoal ao servizo do sector público na Lei 40/2015, do 1 de outubro.

En calquera caso, cada Administración pública determinará os sistemas de sinatura electrónica que debe utilizar o seu persoal, os cales poderán identificar de forma conxunta o titular do posto de traballo ou cargo e a Administración ou órgano na que presta os seus servizos

Como sistema de identificación das entidades do sector público, recoñécese o selo electrónico baseado nun certificado electrónico recoñecido ou cualificado que reúna os requisitos esixidos pola lexislación de sinatura electrónica.

A Lei 40/2015, do 1 de outubro, ten en conta a actuación automatizada da Administración; é dicir, aqueles supostos nos que non existe un funcionario ou persoal ao servizo da Administración pública realizando unha función. Así ocorrerá no caso da expedición do recibo de presentación de documentación nun rexistro electrónico que funcionará as 24 horas do día e, para estes casos, regula o uso de sistemas de sinatura consistentes nun selo electrónico cun código seguro de verificación.

h) Á protección de datos de carácter persoal e, en particular, á seguridade e confidencialidade dos datos que figuren nos ficheiros, sistemas e aplicacións das administracións públicas.

A protección de datos de carácter persoal como dereito fundamental debe ser garantido pola Administración e, no seu tratamento, debe respectar as esixencias contidas na Lei 15/1999, do 13 de decembro, de protección de datos e na súa normativa de desenvolvemento; en concreto, no Real decreto 1720/2007, do 21 de decembro.

A Administración verase obrigada a adoptar medidas de seguridade de nivel básico, medio ou alto para a salvagarda deste dereito, sen esquecer a súa responsabilidade como titular dos ficheiros, unido ás responsabilidades do responsable do tratamento.

A protección dos datos de carácter persoal debe ser prioritaria nas relacións do sector público, e boa mostra diso son as previsións contidas na Lei 19/2013, do 9 de decembro, de transparencia, acceso á información pública e bo goberno e na Lei 1/2016, do 1 de xaneiro, de transparencia e bo goberno de Galicia, onde a protección de datos de carácter persoal se configura como o límite do dereito de acceso, o que obriga a unha ponderación na valoración da subministración da información en función de se nos atopamos ou non ante datos especialmente protexidos.

i) Calquera outro que lles recoñezan a Constitución e as leis.

Estes dereitos enténdense sen prexuízo dos recoñecidos no artigo 53 referidos aos interesados no procedemento administrativo.

Cláusula de peche que nos mostra que non nos atopamos ante un *numerus clausus*, senón que estamos ante unha enumeración que pode completarse co recoñecemento doutros dereitos xa recoñecidos ou de novo recoñecemento noutras normas ou nesta. É que nesta lei se recoñecen outros dereitos ademais dos referidos a aqueles que teñen a condición de interesados no procedemento e, por tanto, exceden dos dereitos recoñecidos ao conxunto dos administrados.

#### **REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Araguás Galcerá, Irene. “La regulación de la Administración electrónica y sus principios rectores”, *Revista catalana de derecho público*, núm. 45, 2012, pp. 215-237.

Blog de Víctor Almonacid: <https://nosoloaytos.wordpress.com/libros/>.

Portal da Administración electrónica: <http://administracionelectronica.gob.es/>.

#### **Artigo 14. Dereito e obriga de relacionarse electronicamente coas administracións públicas**

1. As persoas físicas poderán elixir en todo momento se se comunican coas administracións públicas para o exercicio dos seus dereitos e obrigas



*a través de medios electrónicos ou non, salvo que estean obrigadas a relacionarse a través de medios electrónicos coas administracións públicas. O medio elixido pola persoa para comunicarse coas administracións públicas poderá ser modificado por aquela en calquera momento.*

*2. En todo caso, estarán obrigados a relacionarse a través de medios electrónicos coas administracións públicas para a realización de calquera trámite dun procedemento administrativo, ao menos, os seguintes suxeitos:*

- a) As persoas xurídicas.*
- b) As entidades sen personalidade xurídica.*
- c) Os que exerzan unha actividade profesional para a cal se requira colexiación obrigatoria, para os trámites e actuacións que realicen coas administracións públicas no exercicio da dita actividade profesional. En todo caso, dentro deste colectivo entenderanse incluídos os notarios e rexistradores da propiedade e mercantís.*
- d) Os que representen un interesado que estea obrigado a relacionarse electronicamente coa Administración.*
- e) Os empregados das administracións públicas para os trámites e actuacións que realicen con elas por razón da súa condición de empregado público, na forma en que o determine regulamentariamente cada Administración.*

*3. Regulamentariamente, as administracións poderán establecer a obriga de relacionarse con elas a través de medios electrónicos para determinados procedementos e para certos colectivos de persoas físicas respecto das cales, por razón da súa capacidade económica, técnica, dedicación profesional ou outros motivos, quede acreditado que teñen acceso e dispoñibilidade dos medios electrónicos necesarios.*

#### **COMENTARIO:**

Se a Lei 11/2007, do 22 de xuño, supuxo o recoñecemento do dereito dos cidadáns a relacionarse electronicamente coa Administración, na nova lei dáse un paso máis e xa non se fala só de dereitos, fálase tamén de obrigas.

O precepto diferencia os dereitos e obrigas das persoas físicas e dos restantes suxeitos nas súas relacións coa Administración. Mentres aquelas conservan a facultade de optar por relacionarse electronicamente con esta, para os restantes suxeitos iso convértese en obrigatorio.

É máis, a Administración poderá esixir regulamentariamente o uso de medios electrónicos en determinados procedementos e para determinados colectivos de persoas físicas ás que se lles presuma, por diversos motivos, que poden acceder a medios electrónicos.

Destaca e sorprende que calquera novo trámite que se introduza no procedemento administrativo deba estar previsto nunha norma con rango de lei e responder a criterios de eficacia, proporcionalidade e necesidade e que, no entanto, para obrigar as persoas físicas a que teñan que relacionarse electronicamente coa Administración baste unha disposición regulamentaria

O salto do recoñecemento do dereito a relacionarse electronicamente coa Administración á súa configuración como unha obriga é unha opción legislativa que debemos enmarcar dentro da Estratexia Europa 2020 e, en concreto, da Axenda Dixital Europea, do Plan europeo de redución de cargas administrativas e do Plan de acción europeo sobre Administración electrónica 2011-2015.

O cumprimento dos obxectivos fixados por Europa levou á implantación no noso país de diversos plans:

- Plan estratéxico de mellora da Administración e do servizo público (Plan Mellora 2012-2015), entre cuxos obxectivos prioritarios está o desenvolvemento da Administración electrónica que propón, entre os medios para logralo, a reforma do procedemento administrativo e o logro dunha Administración sen papeis.
- A Axenda Dixital para España (2013), entre cuxos obxectivos se atopa a mellora da e-administración e a adopción de solucións dixitais para a prestación eficiente dos servizos públicos.
- Plan de transformación dixital da Administración xeral do Estado e dos seus organismos públicos (Estratexia TIC 2015-

2020) que, como obxectivo estratéxico II, sinala que a canle dixital debe ser o medio preferido polos cidadáns e empresas para relacionarse coa Administración.

É no marco temporal deste último dos plans descritos onde nos atopamos e, cando a relación dixital coa Administración se anuncia aínda como opcional, nas medidas propostas para o logro do devandito obxectivo vemos que se impón a introdución da canle dixital de comunicación por defecto para a prestación de servizos cando o destinatario teña capacidade suficiente para iso.

A indeterminación de quen ten capacidade suficiente concreouse na norma de procedemento administrativo e a lei entende que todas as persoas xurídicas, os profesionais colexiados e os entes carentes de personalidade teñen a capacidade suficiente para relacionarse electronicamente coa Administración.

Isto supón que unha empresa con forma xurídica societaria, unha comunidade de bens e unha herdanza xacente están obrigados a relacionarse electronicamente coa Administración ao mesmo nivel ca un concello, unha deputación ou calquera ente público.

E é precisamente aquí, nesa equiparación entre as esixencias a uns e outros administrados, onde a norma recibiu as críticas doutrinarias máis intensas.

Podemos traer a colación a opinión de xuristas coma Xavier Urios Aparisi, que sinalaba sobre o proxecto da norma:

“Ao meu xuízo, sen cuestionar a vontade loable da reforma, non me parece que a obriga sexa o medio máis idóneo para impoñer os medios electrónicos. Unha cousa é que esta obriga se impoña en determinados ámbitos, coma o tributario, que parten dunha situación previa de carga imposta ao cidadán. Pero, no caso da cidadanía en xeral, a obriga debería estar reservada para os supostos excepcionais, e o dereito do cidadán debería atoparse no centro da regulación, non como fai o anteproxecto de procedemento administrativo, en que os dereitos ou ben desaparecen ou ben se dilúen ao longo do articulado, o que fai que na práctica perdan forza”.

O manifestado pola doutrina debe completarse coa ausencia de previsións de contido económico parellas á imposición desta obriga. Nada impide que, dentro do marco da facultade de fomento da Administración pública, se prevexan liñas de financiamento para a implantación en empresas, colectivos e administracións públicas de medios electrónicos, pero non estaría de máis que esta previsión se contivese xa na norma.

Previsións de contido económico que figuran nos instrumentos europeos antes citados e nos plans europeos para a súa implantación, do mesmo xeito que se establecen actividades de formación no sector público e privado.

Non só a falta de recursos económicos, tamén de formación do persoal, ou mesmo dos propietarios de pequenas empresas, deixará a estes nunha difícil posición para relacionarse coa Administración. Constitúe un elemento disuasorio e lévaos á contratación de profesionais como avogados, xestores, etc. para relacionarse coa Administración.

A todo o anterior, débémolle engadir a indeterminación dun prazo de entrada da obriga prevista neste artigo, xa que a disposición transitoria nos indica que mentres non entren en vigor as previsións relativas ao rexistro electrónico de apoderamentos, rexistro electrónico, punto de acceso xeral electrónico da Administración e arquivo único electrónico, as administracións públicas manterán as mesmas canles, medios ou sistemas electrónicos vixentes relativos ás devanditas materias que permitan garantir o dereito das persoas a relacionarse electronicamente coas administracións.

Talvez esta indeterminación sexa acertada, posto que non parece que a adaptación administrativa ao novo modelo vaia ser fácil, debido a que será necesaria unha mellora técnica e tamén reforzar a formación do seu propio persoal.

Este artigo, emblema da modernización da Administración pública e do seu achegamento á cidadanía, é un cúmulo de incertezas en canto á súa eficacia que só nos permite agardar á práctica administrativa para ver se os seus obxectivos se cumpren ou non.

**REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

- Urios Aparisi Xavier, Comisión de Expertos para a Reforma da Administración Electrónica, Centro de Estudos Políticos e Constitucionais, 4 de maio de 2015. Bloque: Perspectivas de futuro.
- Cotino Hueso, Lorenzo (coord.); Valero Torrijos, Julián (coord.), *La Ley/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos y los retos jurídicos del e-gobierno en España*, Tirant lo blanch, 2010.

**Artigo 15. Lingua dos procedementos**

1. *A lingua dos procedementos tramitados pola Administración xeral do Estado será o castelán. Non obstante o anterior, os interesados que se dirixan aos órganos da Administración xeral do Estado con sede no territorio dunha comunidade autónoma poderán utilizar tamén a lingua que sexa cooficial nela.*

*Neste caso, o procedemento tramitarase na lingua elixida polo interesado. Se concorreren varios interesados no procedemento e existir discrepancia canto á lingua, o procedemento tramitarase en castelán, ben que os documentos ou testemuños que requiran os interesados se expedirán na lingua elixida por eles.*

2. *Nos procedementos tramitados polas administracións das comunidades autónomas e das entidades locais, o uso da lingua axustarase ao previsto na lexislación autonómica correspondente.*

3. *A Administración pública instrutora deberá traducir para o castelán os documentos, expedientes ou partes destes que deban producir efecto fóra do territorio da comunidade autónoma e os documentos dirixidos aos interesados que así o soliciten expresamente. Se deben producir efectos no territorio dunha comunidade autónoma onde sexa cooficial esa mesma lingua distinta do castelán, non será precisa a súa tradución.*

**COMENTARIO:**

Xa vimos como o artigo 13 recoñece o dereito das persoas a relacionarse coas administracións públicas nas linguas oficiais no terri-

torio da súa comunidade autónoma, de acordo co previsto nesta lei e no resto do ordenamento xurídico.

Lembrabamos entón que a Constitución, no seu artigo 3, recoñece o castelán como a lingua oficial do Estado e a cooficialidade das linguas oficiais nas respectivas comunidades autónomas, de acordo cos seus estatutos.

A existencia de diversas linguas oficiais no territorio dun Estado non é exclusiva do noso país e ocorre tamén no marco xurídico da Unión Europea, o que obrigou os seus membros a ditaren unha normativa que respecte os dereitos lingüísticos da cidadanía.

As medidas adoptadas levaron a que esta obriga de respecto polos dereitos lingüísticos dos cidadáns se lles impoña tamén aos xectores dos servizos públicos. Así, a Carta de dereitos fundamentais da Unión Europea, cuxo valor xurídico é similar ao dun tratado da Unión Europea, sinala no seu artigo 10 a obrigatoriedade de que os Estados nos que resida un número de falantes de linguas rexionais ou minoritarias velen porque as súas autoridades administrativas e os seus axentes que estean en contacto co público empreguen as linguas rexionais ou minoritarias nas súas relacións coas persoas que se dirixan a eles nas devanditas linguas. Ademais, han de poder redactar documentos nesas linguas e velar porque estas persoas poidan entregar as súas solicitudes orais ou escritas e recibir unha resposta na lingua que escollan, presentar validamente un documento redactado nesa lingua e poñer á disposición da poboación formularios ou textos administrativos de uso frecuente nas linguas rexionais ou minoritarias, ou en versións bilingües.

Tamén no respecto aos dereitos lingüísticos se tivo en conta a comunicación electrónica coa Administración. Así, a disposición adicional sexta da Lei 11/2007, do 22 de xuño, de acceso electrónico dos cidadáns aos servizos públicos, no seu apartado primeiro, determinaba que se garantirá o uso das linguas oficiais do Estado nas relacións por medios electrónicos dos cidadáns coas administracións públicas, algo que coa derogación desa norma non se mantén na nova lei, aínda que dado o carácter case obrigatorio de relacionar-

se electronicamente coa Administración se entende que a garantía non só permanece, senón que se converte en regra xeral.

O uso da lingua nos procedementos administrativos ha de respectar este dereito, pero iso pode dar lugar a situacións moi diversas que o artigo 15 trata de aclarar.

No caso dos procedementos administrativos seguidos ante a Administración xeral do Estado, a lingua utilizada será o castelán. Agora ben, é posible que aqueles que se dirixan aos órganos administrativos estatais con sede no territorio dunha comunidade autónoma usen, se o desexan, a lingua que sexa cooficial nesa comunidade autónoma.

Porén, unha peculiaridade do artigo 15 é que parece que se refire non a calquera persoa que interveña no procedemento, senón aos interesados, e isto non responde á nova configuración das relacións entre a Administración e a cidadanía.

Hai que entender que, en virtude da Lei de transparencia de Galicia, unha persoa que non teña a condición de interesado no procedemento non poderá usar o galego ou o castelán na súa petición de acceso a un expediente?

Parece obvio que poderá utilizar na súa petición de acceso tanto a lingua castelá como a galega.

A tramitación dun procedemento ante a Administración xeral do Estado permitiranos analizar casos distintos en función de quen sexa o interesado ou interesados no procedemento.

Un primeiro suposto é aquel no que só exista un interesado; nese caso, a lingua do procedemento será a elixida por este.

De seren varios os interesados e se non se mostran de acordo sobre a lingua na que debe seguirse a tramitación do procedemento, esta efectuarase en castelán, aínda que os documentos e testemuños que requiran uns ou outros se expedirán na lingua que elixan.

Se a tramitación do procedemento se realiza ante unha Administración autonómica ou local, a lei remítenos ao que se indique na súa lexislación respectiva.

Vexamos a situación do galego nos procedementos administrativos que se seguen ante a Administración autonómica, e para iso partiremos do artigo 5 da Lei orgánica 1/1981, do 6 de abril, do Estatuto de autonomía para Galicia, que recoñece que a lingua propia de Galicia é o galego, que os idiomas galego e castelán son oficiais en Galicia, que todos teñen o dereito de coñecelos e usalos e que ninguén poderá ser discriminado por razón da lingua.

Sinala tamén que os poderes públicos de Galicia garantirán o uso normal e oficial dos dous idiomas, que potenciarán a utilización do galego en todas as ordes da vida pública, cultural e informativa e que dispoñerán os medios necesarios para facilitar o seu coñecemento.

A Lei 3/1983, do 15 de xuño, de normalización lingüística de Galicia, no seu artigo 6, recoñece que os cidadáns teñen dereito ao uso do galego, oralmente e por escrito, nas súas relacións coa Administración pública no ámbito territorial da comunidade autónoma e ordénalles aos poderes públicos promoveren o uso normal da lingua galega, oralmente e por escrito, nas súas relacións cos cidadáns.

Consonte as pautas marcadas polo artigo 10 da Carta de dereitos fundamentais da Unión, a Lei 1/2015, do 1 de abril, de garantía da calidade dos servizos públicos e da boa administración, estende o uso do galego como lingua habitual dos procedementos ante a Administración autonómica aos supostos de xestión por terceiros dos servizos públicos e, deste xeito, o seu artigo 41 recoñece e dereito das persoas a utilizar e a ser atendidas na lingua que elixan nas súas relacións orais e escritas co prestador do servizo. Para estes efectos, tanto nos supostos de xestión directa coma indirecta, adoptaranse as medidas organizativas do servizo necesarias para a garantía deste dereito.

O Decreto 198/2010, do 2 de decembro, polo que se regula o desenvolvemento da Administración electrónica na Xunta de Galicia e nas súas entidades dependentes proclama entre os principios xerais do seu artigo 6 que na implantación dos sistemas aos que se refire o decreto a Xunta de Galicia adoptará todas as medidas técnicas necesarias para satisfacer o previsto na normativa sobre o uso da lingua galega.



En materia funcional, a Lei 2/2015, do 29 de abril, do emprego público de Galicia sinala no seu artigo 5 que as administracións públicas incluídas no ámbito de aplicación desta lei garantirán os dereitos constitucionais e lingüísticos das persoas tanto respecto ao galego, como lingua propia e oficial de Galicia, como ao castelán, lingua oficial en Galicia.

Para dar cumprimento á normalización do idioma galego nas administracións públicas de Galicia e para garantir o dereito ao uso do galego nas relacións coas administracións públicas no ámbito da comunidade autónoma, así como a promoción do uso normal do galego por parte dos poderes públicos de Galicia, a lei impón que nas probas selectivas que se realicen para o acceso aos postos das administracións públicas incluídas no ámbito de aplicación desta lei se incluíra un exame de galego, excepto para aquelas persoas que acrediten o coñecemento da lingua galega de conformidade coa normativa vixente. As bases das convocatorias dos procesos selectivos establecerán o carácter e, se é o caso, a valoración do coñecemento da lingua galega.

Nos demais exercicios das devanditas probas selectivas, as persoas aspirantes teñen dereito a elixiren libremente a lingua oficial da comunidade autónoma na que as desexan realizar, o que supón o dereito a recibir na mesma lingua os enunciados dos exercicios, excepto no caso das probas que teñan que realizarse en galego para aqueles postos que requiran un especial coñecemento desa lingua.

En canto á Administración local, a Lei 5/1997, do 22 de xullo, de Administración local de Galicia sinala no seu artigo 7 que o galego, como lingua propia de Galicia, tamén o é da súa Administración local.

As convocatorias de sesións, ordes do día, mocións, votos particulares, propostas de acordo, ditames das comisións informativas, actas, notificacións, recursos, escrituras públicas, comparecencias xudiciais e todos os actos de carácter público ou administrativo que se realicen por escrito en nome das corporacións locais redactaranse en lingua galega.

Sen prexuízo do disposto no apartado anterior, tales entidades poden facelo, ademais, na outra lingua oficial, o castelán.

O artigo remata co mandato de que os expedientes ou as partes destes redactados nunha lingua cooficial do castelán, cando vaian producir efectos fóra do territorio da comunidade autónoma, deberán ser traducidos ao castelán pola Administración pública instrutora do procedemento.

Para cumprir este mandato é fundamental a adecuada comunicación co administrado, xa que quen desexe que eses documentos produzan efectos fóra da comunidade autónoma ou que sexan emitidos en castelán deberá expresalo así na solicitude.

Convén lembrar a importancia dos certificados en ámbitos como o da función pública ou o da contratación administrativa.

Esta tradución da documentación redactada nunha das linguas cooficiais en España é importante se ha de producir efectos en Europa, posto que ningunha das linguas cooficiais en España o é no ámbito europeo, ao non se incluír no Regulamento 1/1958, do 15 de abril.

Sorprende que, malia que o Goberno de España lle solicitou ao Consello da Unión Europea que lles concedese ás linguas cooficiais en España –galego, éuscaro e catalán/valenciano– o estatuto de lingua oficial da UE, tal requirimento fose rexeitado. A consecuencia é que, de momento, estas linguas non son oficiais en Europa, o que provoca importantes distorsións en materia de publicidade, etiquetaxe de produtos, etc.

É curioso como, a pesar de fomentar o uso de linguas minoritarias en ámbitos como o administrativo, no eido empresarial se establecen restricións para salvagardar o dereito á libre competencia.

De acordo coas pautas marcadas por Europa, a Lei 20/2013, do 9 de decembro, de garantía da unidade de mercado, sinala no seu artigo 18 que cada autoridade competente se asegurará de que calquera medida, límite ou requisito que adopte ou manteña en vigor non teña como efecto a creación ou o mantemento dun obstáculo ou barreira á unidade de mercado. E como requisitos discriminato-

rios para o acceso a unha actividade económica ou ao seu exercicio, para a obtención de vantaxes económicas ou para a adxudicación de contratos públicos, baseados directa ou indirectamente no lugar de residencia ou establecemento do operador, inclúese a cuestión da lingua utilizada.

O uso da lingua como criterio de valoración na concesión de axudas ou noutro tipo de vantaxes económicas deberá xustificarse do modo sinalado no artigo 5 da lei; é dicir, con base nas excepcións previstas no artigo 3.11 da Lei 17/2009, do 23 de novembro, sobre o libre acceso ás actividades de servizos e o seu exercicio. En definitiva, nunha razón imperiosa de interese xeral, definida e interpretada pola xurisprudencia do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas: a orde pública, a seguridade pública, a protección civil, a saúde pública, a preservación do equilibrio financeiro do réxime de seguridade social, a protección dos dereitos, a seguridade e a saúde dos consumidores, dos destinatarios de servizos e dos traballadores, as esixencias da boa fe nas transaccións comerciais, a loita contra a fraude, a protección do medio ambiente e do ámbito urbano, a sanidade animal, a propiedade intelectual e industrial, a conservación do patrimonio histórico e artístico nacional e os obxectivos da política social e cultural.

Precisamente, a vinculación da actividade de fomento á lingua como parte do patrimonio cultural dun modo directo permitirá evitar que se conculque o principio de libre concorrencia.

Así o vemos en ámbitos coma o cinematográfico, no que a Comisión Europea na súa Comunicación sobre as obras cinematográficas e outras producións do sector audiovisual sinala, dentro dos criterios culturais para a concesión das axudas, no punto 4.2.26, o seguinte:

“A diversidade lingüística constitúe un importante elemento da diversidade cultural, e é por isto polo que a defensa e a promoción do emprego dunha ou varias das linguas dun Estado membro tamén contribúe á promoción da cultura. Segundo xurisprudencia reiterada do tribunal, tanto a promoción dunha lingua dun Estado membro como a política cultural, poden constituír unha razón imperiosa de interese xeral

que xustifique unha restrición do exercicio da liberdade de prestación de servizos. Por conseguinte, os Estados membros poden esixir, como condición para a axuda, que a película se produza nunha lingua determinada cando se determinou que a devandita esixencia é necesaria e adecuada para perseguir un obxectivo cultural no sector audiovisual e que pode tamén favorecer a liberdade de expresión das diferentes correntes sociais, relixiosas, filosóficas ou lingüísticas que existan nunha determinada rexión. O feito de que tal criterio poida constituír na práctica unha vantaxe para as empresas produtoras de películas que traballen na lingua amparada por tal criterio parece inherente ao obxectivo perseguido”.

A comunicación, no seu punto 5.2.52.2, establece o carácter de obra audiovisual difícil daquelas películas cuxa única versión orixinal sexa nunha lingua oficial dun Estado membro cuxo territorio, poboación ou rexión lingüística sexan limitados. Esta consideración permite a non aplicación de límites previstos na mesma comunicación para analizar a compatibilidade das axudas cos tratados da Unión Europea, e máis en concreto co artigo 107.3.d) do Tratado de Funcionamento da Unión Europea.

Non poderíamos concluír a análise da lingua nos procedementos sen facer unha referencia á linguaxe administrativa e á súa necesaria modernización, pola que se vén avogando con pouca fortuna debido a que a linguaxe administrativa é en boa parte unha linguaxe xurídica, xa que os actos administrativos producen efectos xurídicos.

Nesa linguaxe é frecuente o uso de frases e parágrafos longos, o emprego de arcaísmos, de léxico en desuso; en resumo, unha linguaxe que non sempre se acomoda á evolución do léxico social.

Por iso é polo que podemos trasladar ao ámbito administrativo as conclusións ás que chegou a Comisión de Modernización da Linguaxe Xurídica, constituída pola Resolución do 21 de xaneiro de 2010, que recolle o Acordo do Consello de Ministros do 30 de decembro de 2009 e, xunto con estas, as recomendacións que este órgano lles deu aos profesionais, ás institucións e aos medios de comunicación.

Para esta comisión, o Estado de Dereito esixe asegurar que os cidadáns comprendan os actos e as normas xurídicas.

A claridade na expresión oral e escrita dos profesionais incrementa a seguridade xurídica, permite que as persoas coñezan os seus dereitos e obrigas, que saiban como e ante quen facelos valer e incrementa a confianza e a participación nas institucións.

Froito do intento por lograr esa claridade expositiva son as instrucións de técnica normativa aprobadas por distintas administracións públicas. No caso de Galicia, é a Resolución do 5 de novembro de 2014, da Dirección Xeral da Asesoría Xurídica Xeral, a que ordena a publicación do Acordo do Consello da Xunta de Galicia, do 30 de outubro de 2014, polo que se aproban as directrices de técnica normativa.

Por último, non podemos deixar de mencionar o esforzo en materia de linguaxe administrativa para respectar a igualdade home-muller, do que é mostra o Decreto legislativo 2/2015, do 12 de febreiro, polo que se aproba o texto refundido das disposicións legais da Comunidade Autónoma de Galicia en materia de igualdade que, no seu artigo 11, sinala que o uso non sexista da linguaxe consiste na utilización de expresións lingüisticamente correctas substitutivas doutras, correctas ou non, que invisibilizan o feminino ou que o sitúan nun plano secundario respecto do masculino.

No seu artigo 12, establece como mandato a erradicación en todas as formas de expresión oral ou escrita do uso sexista da linguaxe no campo institucional, tanto fronte á cidadanía coma nas comunicacións internas. Para estes efectos, informárase e formárase o persoal ao servizo das administracións públicas galegas.

O non sexismo na linguaxe administrativa esixirá a adopción das medidas que permitan cumprir o mandato previsto no artigo 12, medidas que noutros ámbitos comezaron xa a fixarse. Así, destacamos no ámbito xudicial o labor de investigación do Consello Xeral do Poder Xudicial, que deu lugar á publicación de *Linguaxe xurídica e de xénero: sobre o sexismo na linguaxe xurídica*.

**REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Blog de José Ramón Chaves García: <https://delajusticia.com/>.

Blog de Javier Badía. <http://lenguajeadministrativo.com/about/>.

Proxecto Loia, Sección de Lingua e Centro de Documentación Sociolingüística do Consello da Cultura Galega, *Guía aberta ao idioma galego*.

Consello Xeral do Poder Xudicial, *Lenguaje jurídico y de género: sobre el sexismo en el lenguaje jurídico*.

**Artigo 16. Rexistros**

1. Cada Administración disporá dun rexistro electrónico xeral en que se fará o correspondente asento de todo documento que sexa presentado ou que se reciba en calquera órgano administrativo, organismo público ou entidade vinculado ou dependente destes. Tamén se poderá anotar nel a saída dos documentos oficiais dirixidos a outros órganos ou particulares.

Os organismos públicos vinculados ou dependentes de cada Administración poderán dispor do seu propio rexistro electrónico plenamente interoperable e interconectado co Rexistro Electrónico Xeral da Administración de que depende.

O Rexistro Electrónico Xeral de cada Administración funcionará como un portal que facilitará o acceso aos rexistros electrónicos de cada organismo. Tanto o Rexistro Electrónico Xeral de cada Administración coma os rexistros electrónicos de cada organismo cumprirán coas garantías e medidas de seguranza previstas na lexislación en materia de protección de datos de carácter persoal.

As disposicións de creación dos rexistros electrónicos publicaranse no diario oficial correspondente e o seu texto íntegro deberá estar dispoñible para consulta na sede electrónica de acceso ao rexistro. En todo caso, as disposicións de creación de rexistros electrónicos especificarán o órgano ou unidade responsable da súa xestión, así como a data e hora oficial e os días declarados como inhábiles.

Na sede electrónica de acceso a cada rexistro figurará a relación actualizada de trámites que poden iniciarse nel.

2. Os asentos anotaranse respectando a orde temporal de recepción ou saída dos documentos, e indicarán a data do día en que se produzan. Concluído o trámite de rexistro, os documentos serán cursados sen dilación aos seus destinatarios e ás unidades administrativas correspondentes desde o rexistro en que foron recibidas.

3. O rexistro electrónico de cada Administración ou organismo garantizará a constancia, en cada asento que se practique, dun número, epígrafe expresiva da súa natureza, data e hora da súa presentación, identificación do interesado, órgano administrativo remitente, se procede, e persoa ou órgano administrativo a que se envía e, se for o caso, referencia ao contido do documento que se rexistra. Para isto, emitírase automaticamente un recibo consistente nunha copia autenticada do documento de que se trate, incluíndo a data e hora de presentación e o número de entrada de rexistro, así como un recibo acreditativo doutros documentos que, se for o caso, o acompañen, que garanta a súa integridade e non repudio.

4. Os documentos que os interesados dirixan aos órganos das administracións públicas poderán presentarse:

- a) No rexistro electrónico da Administración ou organismo a que se dirixan, así como nos restantes rexistros electrónicos de calquera dos suxeitos a que se refire o artigo 2.1.
- b) Nas oficinas de Correos, na forma que regulamentariamente se estableza.
- c) Nas representacións diplomáticas ou oficinas consulares de España no estranxeiro.
- d) Nas oficinas de asistencia en materia de rexistros.
- e) En calquera outro que establezan as disposicións vixentes.

Os rexistros electrónicos de todas e cada unha das administracións deberán ser plenamente interoperables, de modo que se garanta a súa compatibilidade informática e interconexión, así como a transmisión telemática dos asentos rexistrais e dos documentos que se presenten en calquera dos rexistros.

5. Os documentos presentados de maneira presencial ante as administracións públicas deberán ser dixitalizados, de acordo co previsto no artigo

*27 e demais normativa aplicable, pola oficina de asistencia en materia de rexistros na cal foron presentados, para a súa incorporación ao expediente administrativo electrónico. Os orixinais devolveranse ao interesado, sen prexuízo daqueles supostos en que a norma determine a custodia pola Administración dos documentos presentados ou resulte obrigatoria a presentación de obxectos ou de documentos nun soporte específico non susceptibles de dixitalización.*

*Regulamentariamente, as administracións poderán establecer a obriga de presentar determinados documentos por medios electrónicos para certos procedementos e colectivos de persoas físicas respecto das cales, por razón da súa capacidade económica, técnica, dedicación profesional ou outros motivos, quede acreditado que teñen acceso e dispoñibilidade dos medios electrónicos necesarios.*

*6. Poderase facer efectiva, mediante transferencia dirixida á oficina pública correspondente, calquera cantidade que haxa que satisfacer no momento da presentación de documentos ás administracións públicas, sen prexuízo da posibilidade do seu aboameamento por outros medios.*

*7. As administracións públicas deberán facer pública e manter actualizada unha relación das oficinas en que se prestará asistencia para a presentación electrónica de documentos.*

*8. Non se terán por presentados no rexistro aqueles documentos e información cuxo réxime especial estableza outra forma de presentación.*

## **COMENTARIO:**

Foi o artigo 24 da Lei 11/2007, do 22 de xuño, de acceso electrónico dos cidadáns aos servizos públicos o que estableceu a obriga de que as administracións públicas creasen rexistros electrónicos para a recepción e remisión de solicitudes, escritos e comunicacións.

En Galicia, o Decreto 198/2010, do 2 de decembro, polo que se regula o desenvolvemento da Administración electrónica na Xunta de Galicia e nas entidades dela dependentes, creou o Sistema único de rexistro, no que se encadraron tanto os rexistros presenciais coma o rexistro electrónico.



Nese Sistema único de rexistro intégranse non só as entidades que conforman o sector público autonómico, senón tamén as entidades da Administración local, as universidades públicas, os órganos estatutarios de Galicia e aquelas entidades públicas con independencia funcional ou cunha especial autonomía recoñecida pola lei que así o decidan, logo da sinatura dun convenio de colaboración

Por tanto, o rexistro electrónico forma parte do Sistema único de rexistro, o que permite a presentación ou remisión de solicitudes, escritos ou comunicacións, a través de medios electrónicos durante as vinte e catro horas de todos os días do ano.

A organización e funcionamento dos rexistros da Administración xeral e das entidades públicas instrumentais da Comunidade Autónoma regúlase no Decreto 191/2011, do 22 de setembro.

Novamente, a novidade que a doutrina predica deste precepto en relación co rexistro electrónico non é tal, posto que é unha previsión xa contida no artigo 24 da Lei 11/2007, do 22 de xuño.

Nos rexistros poderanse admitir documentos normalizados cubertos de acordo cos formatos preestablecidos ou calquera solicitude, escrito ou comunicación distinta dos anteriores.

Neste artigo establécese que en cada Administración pública existirá, polo menos, un sistema de rexistros electrónicos suficiente para recibir todo tipo de solicitudes, escritos e comunicacións dirixidas á devandita Administración pública.

A Lei 11/2007, do 22 de xuño, preveu tamén a sinatura de convenios interadministrativos para habilitar a recepción de solicitudes, escritos e comunicacións entre as distintas administracións.

O artigo 16 da Lei 39/2015, do 1 de outubro, trata de lles dar carta de natureza a estas previsións creando un rexistro administrativo xeral en cada Administración, no que se fará o asento de calquera documento presentado ou recibido no sector público vinculado ou dependente de cada unha das administracións ou que, desde os órganos do sector público da respectiva Administración, se dirixa a outros organismos ou aos particulares.

A lei posibilita que os órganos integrantes do sector público poidan ter o seu propio rexistro, pero debe estar interconectado co xeral, que funciona como punto de acceso aos rexistros electrónicos destes órganos.

Nada di a lei, pero parece deducirse a responsabilidade dos distintos organismos de manter actualizada a información sobre servizos, trámites, procedementos e formularios normalizados dos seus respectivos rexistros.

Tampouco se menciona, pero parece que serán responsables de facilitar o acceso ao rexistro xeral e este de dar traslado para a súa tramitación dos escritos recibidos nel e que teñan como destinatarios os organismos do seu sector público.

A lei remite á normativa de protección de datos en materia de seguridade dos arquivos, pero obviamente a suxeición a esta normativa é superior ao cumprimento da normativa de seguridade.

Non só é preciso adoptar as medidas de seguridade de nivel alto, medio ou baixo esixidas pola Lei orgánica 15/1999, do 13 de decembro, de protección de datos de carácter xeral (LOPD) e a súa normativa de desenvolvemento, o Real decreto 1720/2007, do 21 de decembro, tamén será precisa a suxeición íntegra á devandita normativa, desde a creación dos ficheiros, ata as medidas de seguridade, a aplicación dos principios de proporcionalidade, a limitación de obxectivos, a exactitude de datos, a cancelación de datos innecesarios, a transparencia e autonomía da vontade e o máis absoluto respecto aos datos persoais no acceso e publicación destes.

Non podemos esquecer que nestes rexistros os datos serán de moi distinta natureza e, algún deles, coma os sanitarios, estarán especialmente protexidos.

Convén traer a colación o sinalado na Lei 1/2016, do 18 de xaneiro, de transparencia e bo goberno de Galicia que, no seu artigo 7, sinala como límites de acceso á información pública os previstos na normativa básica (artigos 14 e 15 da Lei 19/2013, do 9 de decembro, de transparencia, acceso á información pública e bo goberno), así como os derivados da normativa en materia de protección de datos persoais, que avoga pola disociación de datos.

A creación dos rexistros electrónicos efectuarase a través dunha disposición que se publicará no diario oficial correspondente, algo que tamén se relaciona coa protección de datos, posto que ata que o rexistro non se cree e se publique a súa creación non poderán comezar a solicitarse datos. De feito, a LOPD tipifica como infracción grave crear un ficheiro de titularidade pública ou iniciar a recollida de datos de carácter persoal para estes sen que haxa unha autorización de disposición xeral, que se ha de publicar no *Boletín Oficial do Estado* ou no diario oficial correspondente.

O rexistro electrónico permite a presentación de documentos vía internet en calquera momento do día e do ano, o que é importante para os efectos do cómputo de prazo, e de aí as previsións sobre cálculos de prazos por horas efectuadas no artigo 30 a cuxo comentario me remito.

A regulación dun rexistro que funciona as vinte e catro horas do día esixe a escrupulosa fixación da data e da hora de presentación do documento, que será a data e a hora oficial de acceso da sede electrónica, algo que se fará constar en cada asento que se practique, xunto co contido fixado no apartado 3.

A data e a hora do inicio efectivo do cómputo de prazos debe comunicarse a quen presentou o documento, tal e como sinala o artigo 31.2.

O rexistro emitirá un recibo electrónico, que é unha copia autenticada de cada documento rexistrado.

A existencia dun rexistro electrónico non só permite a presentación vía internet, tamén se admite a presentación presencial (enténdese naqueles casos nos que será posible non relacionarse electronicamente coa Administración) e, salvo excepcións, esixirase un procedemento de dixitalización do documento previsto no artigo 27.

Do mesmo xeito que a lei prevé no artigo 14.3 a posible esixencia regulamentaria a determinadas persoas e para determinados procedementos de relacionarse electronicamente coa Administración, é coherente que esa mesma previsión se estenda á posible esixencia de presentar determinados documentos por medios electrónicos en atención á capacidade económica, á profesión, etc.

O artigo remata coa previsión de que un documento en que a normativa aplicable esixa outro medio de presentación e se presente no rexistro se considerará non presentado e, ademais, fixaranse mecanismos de aboamento electrónico das obrigas mediante unha transferencia dirixida á oficina pública correspondente, sen prexuízo da posibilidade de que se poida aboar por outros medios.

Ben é certo que a disposición adicional segunda da lei prevé a posible adhesión das comunidades autónomas e entidades locais a través de medios electrónicos ás plataformas e rexistros establecidos para o efecto pola Administración xeral do Estado. A súa non adhesión deberase xustificar en termos de eficiencia, conforme ao artigo 7 da Lei orgánica 2/2012, do 27 de abril, de estabilidade orzamentaria e sustentabilidade financeira.

No caso de que unha comunidade autónoma ou unha entidade local xustifique ante o Ministerio de Facenda e Administracións Públicas que pode prestar o servizo dun modo máis eficiente, e opte por manter o seu propio rexistro ou plataforma, as citadas administracións deberán garantir que este cumpre cos requisitos do Esquema nacional de interoperabilidade, do Esquema nacional de seguridade e das súas normas técnicas de desenvolvemento, de modo que se garanta a súa compatibilidade informática e interconexión, así como a transmisión telemática das solicitudes, escritos e comunicacións que se realicen nos seus correspondentes rexistros e plataformas.

Bótase en falta a previsión de mecanismos non só de interoperatividade entre as administracións públicas, senón tamén con operadores ou prestadores de servizos. Un caso claro sería a prestación de servizos públicos mediante concertos ou contratos, como é o caso dos sanitarios

Se temos en conta que as previsións do rexistro electrónico e a súa aplicabilidade están suxeitas ao prazo de dous anos desde a entrada en vigor da lei e que este prazo só afecta a Administración xeral do Estado e o seu sector público, este artigo non debería xerar problemas de aplicación no ámbito autonómico, no que parece que xa realizamos os deberes ou, polo menos, en teoría.

**REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Blog de Víctor Almonacid: <https://nosoloytos.wordpress.com/libros/>.  
Portal da Administración electrónica: <http://administracionelectronica.gob.es/>.

**Artigo 17. Archivo de documentos**

1. *Cada Administración deberá manter un arquivo electrónico único dos documentos electrónicos que correspondan a procedementos finalizados, nos termos establecidos na normativa reguladora aplicable.*

2. *Os documentos electrónicos deberán conservarse nun formato que permita garantir a autenticidade, integridade e conservación do documento, así como a súa consulta, con independencia do tempo transcorrido desde a súa emisión. Asegurarase, en todo caso, a posibilidade de trasladar os datos a outros formatos e soportes que garantan o acceso desde diferentes aplicacións. A eliminación deses documentos deberá ser autorizada de acordo co disposto na normativa aplicable.*

3. *Os medios ou soportes en que se almacenen documentos deberán contar con medidas de seguranza, de acordo co previsto no Esquema nacional de seguridade, que garantan a integridade, autenticidade, confidencialidade, calidade, protección e conservación dos documentos almacenados. En particular, asegurarán a identificación dos usuarios e o control de accesos, así como o cumprimento das garantías previstas na lexislación de protección de datos.*

**COMENTARIO:**

Este precepto introduce como novidade a obriga de cada Administración pública de manter un arquivo electrónico único dos documentos que correspondan a procedementos finalizados, así como a obriga de que estes expedientes sexan conservados nun formato que permita garantir a autenticidade, a integridade e a conservación do documento.

Este artigo é o peche do sistema. O proceso electrónico do documento finaliza co seu arquivo, de aí a necesaria regulación da vida

dos documentos e a fixación dunha política de xestión documental que a regule.

A creación deste arquivo electrónico único debe resultar compatible cos diversos sistemas e redes de arquivos nos termos previstos na lexislación vixente e coa política de xestión documental de cada Administración.

En Galicia, deberá compatibilizarse coas previsións da Lei 7/2014, do 26 de setembro, de arquivos e documentos de Galicia que, no seu artigo 4, define o arquivo electrónico como o repositorio centralizado no que se almacenan e administran documentos electrónicos e toda a información que permita identificar, autenticar, contextualizar os devanditos documentos e acceder a eles.

O Arquivo Electrónico da Xunta de Galicia formará parte do Arquivo de Galicia como repositorio dos documentos electrónicos dos órganos de goberno e administración da Comunidade Autónoma de Galicia e das entidades instrumentais integrantes do sector público autonómico.

O Arquivo Electrónico da Xunta de Galicia desenvolverá os procesos e funcións da xestión documental no ámbito da Administración electrónica, en coordinación co órgano competente en materia de Administración tecnolóxica.

Terá un modelo específico que será de uso común entre os órganos de goberno e da Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia e das entidades instrumentais integrantes do sector público autonómico.

A Xunta de Galicia deberá garantir a custodia e a conservación dos seus documentos e expedientes electrónicos e facilitará aos arquivos da súa titularidade ou xestión o cumprimento das funcións que lles correspondan sobre aqueles.

A Lei de arquivos, no seu artigo 21 e 22, establece que os documentos que obren nos arquivos públicos non poderán ser extraídos dos correspondentes arquivos e oficinas públicos, con excepción dos casos legalmente establecidos. As persoas responsables da custodia

documental deberán gardar unha copia destes ata que conclúa a súa utilización externa e a súa restitución ao lugar de orixe.

No caso do traspaso de documentos entre arquivos, se estes son electrónicos, deberán transferirse ao arquivo correspondente coa tecnoloxía que permita o acceso e que garanta a autenticidade, fiabilidade e integridade dos propios documentos e dos datos contidos neles.

A Xunta de Galicia regulará o procedemento para as transferencias documentais con destino aos arquivos de titularidade ou xestión autonómica.

O acceso aos documentos que forman parte do Sistema de arquivos de Galicia, a vida dos documentos, en especial o expurgo destes, o réxime sancionador e as medidas de seguridade deben axustarse non só aos artigos 23 e 24 da Lei de arquivos, tamén ao previsto na Lei 1/2016, do 18 de xaneiro, de transparencia e bo goberno e na Lei orgánica 15/99, do 13 de decembro, de protección de datos de carácter persoal.

Será preciso un labor hermenéutico para facer viable a aplicación conxunta e coherente destas normas na práctica das funcións administrativas.

Outras previsións normativas que convén ter en conta son as da Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público que, dentro da regulación do funcionamento electrónico do sector público, no seu artigo 46, se refire tamén ao arquivo electrónico dos documentos utilizados nas actuacións administrativas e a que deben almacenarse por medios electrónicos, salvo cando non sexa posible.

Establece que os documentos electrónicos que conteñan actos administrativos que afecten a dereitos ou intereses dos particulares deberán conservarse en soportes desta natureza, xa sexa no mesmo formato a partir do que se orixinou o documento ou noutro calquera que asegure a identidade e a integridade da información necesaria para reproducilo. Asegurarase, en todo caso, a posibilidade de trasladar os datos a outros formatos e soportes que garantan o acceso desde diferentes aplicacións.

Os medios ou soportes en que se almacenen documentos deberán contar con medidas de seguridade, de acordo co previsto no Esquema nacional de seguridade, que garantan a integridade, autenticidade, confidencialidade, calidade, protección e conservación dos documentos almacenados. En particular, asegurarán a identificación dos usuarios e o control de acceso, o cumprimento das garantías previstas na lexislación de protección de datos, así como a recuperación e conservación a longo prazo dos documentos electrónicos producidos polas administracións públicas que así o requiran, de acordo coas especificacións sobre o ciclo de vida dos servizos e sistemas utilizados.

Por último, e como en materia de rexistros, debemos lembrar que para cumprir co previsto en materia de arquivo electrónico único é posible a adhesión a través de medios electrónicos ás plataformas e rexistros establecidos para o efecto pola Administración xeral do Estado. A súa non adhesión deberase xustificar en termos de eficiencia, conforme ao artigo 7 da Lei orgánica 2/2012, do 27 de abril, de estabilidade orzamentaria e sustentabilidade financeira.

#### **REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Blog de Víctor Almonacid: <https://nosoloaytos.wordpress.com/libros/>.

Portal da Administración electrónica: <http://administracionelectronica.gob.es/>.

### **Artigo 18. Colaboración das persoas**

*1. As persoas colaborarán coa Administración nos termos previstos na lei que en cada caso resulte aplicable e, na falta de previsión expresa, facilitarán á Administración os informes, inspeccións e outros actos de investigación que requiran para o exercicio das súas competencias, salvo que a revelación da información solicitada pola Administración atente contra a honra, a intimidade persoal ou familiar ou supoña a comunicación de datos confidenciais de terceiros de que teñan coñecemento pola prestación de servizos profesionais de diagnóstico, asesoramento ou defensa, sen prexuízo do disposto na lexislación en materia de branqueo de capitais e financiamento de actividades terroristas.*



2. Os interesados nun procedemento que coñezan datos que permitan identificar outros interesados que non comparecesen nel teñen o deber de proporcionarlos á Administración actuante.

3. Cando as inspeccións requiran a entrada no domicilio do afectado ou nos restantes lugares que requiran autorización do titular, observárase o disposto no artigo 100.

### COMENTARIO:

Ata agora, os cidadáns estabamos obrigados a lle facilitar á Administración informes, inspeccións e outros actos de investigación só nos casos previstos pola lei.

Este precepto estende a obrigación a todos os casos en que a Administración o requira no exercicio das súas competencias, co único límite da intimidade persoal, familiar e o deber de segredo profesional.

A obrigación, por tanto, vai máis alá das esixencias que se prevén para as funcións de publicidade activa no artigo 4 da Lei 19/2013, do 9 de decembro, de transparencia, acceso á información pública e bo goberno para quen presta servizos públicos ou exerce potestades administrativas. Segundo este artigo, “as persoas físicas e xurídicas distintas das referidas nos artigos anteriores que presten servizos públicos ou exerzan potestades administrativas estarán obrigadas a lle fornecer á Administración, organismo ou entidade das previstas no artigo 2.1 a que se atopen vinculadas, con requirimento previo, toda a información necesaria para o cumprimento por aqueles das obrigacións previstas neste título. Esta obrigación estenderase aos adxudicatarios de contratos do sector público nos termos previstos no respectivo contrato”.

O artigo ten por obxecto facilitar a actividade administrativa de coacción para asegurar a adecuación da actividade dos cidadáns aos fins públicos en todos os ámbitos que teñen que ver co labor administrativo, como o medio ambiente, o patrimonio cultural, a seguridade viaria ou o tributario.

A obrigación de proporcionar información con transcendencia tributaria á Administración atópase recollida nos artigos 93 e 94 da Lei 58/2003, xeral tributaria, e foi a máis amplamente estudada pola doutrina e a xurisprudencia.

E as conclusións fixadas con relación a esa obrigación de colaboración no ámbito tributario poderán, sen dúbida, estenderse aos restantes ámbitos.

A primeira conclusión derivada da devandita xurisprudencia é que a captación de información a terceiros debe ser útil e transcendente para o exercicio da función ou competencia administrativa en cuxo marco se solicita. Así, a Sentenza do Tribunal Supremo (Sala 3) do 18 de outubro de 2012 (rec. cas. núm. 6322/10) esixe que a información requirida por captación, que non por declaración, no ámbito tributario teña transcendencia tributaria:

“A transcendencia tributaria foi definida por esta sala na súa Sentenza do 3 de novembro de 2011 (rec. cas. núm. 2117/2009) que, pola súa vez, se remite á anterior do 12 de novembro de 2003 (rec. cas. núm. 1320/2002), na que se define como a calidade daqueles feitos ou actos que lle poidan ser útiles á Administración para pescudar se certas persoas cumpren ou non coa obrigación establecida no artigo 31.1 da Constitución de contribuír ao sostemento dos gastos públicos de acordo coa súa capacidade económica e, en caso contrario, poder actuar en consecuencia, de acordo coa lei. E esa utilidade pode ser directa (cando a información solicitada se refire a feitos impositivos; ou sexa, a actividades, titularidades, actos ou feitos aos que a lei vincula o gravame) ou indirecta (cando a información solicitada se refire só a datos colaterais que lle poidan servir de indicio á Administración para buscar despois feitos impositivos presuntamente non declarados ou, sinxelamente, para guiar despois o labor inspector [que, non se esqueza, non pode alcanzar a absolutamente todos os suxeitos pasivos, por ser iso materialmente imposible] cara a certas e determinadas persoas”).

Se algunha sentenza resume o criterio xurisprudencial sobre a materia é a Sentenza do Tribunal Supremo (Sala 3) do 20 de novembro de 2014 (rec. cas. núm. 3073/2012) que, logo de reiterar a necesaria transcendencia tributaria da información, analiza a posible vulneración do dereito á intimidade, e que conclúe:

“A este respecto, viñemos sinalando que, para que a afectación do ámbito de intimidade constitucionalmente protexido resulte conforme co artigo 18.1 da CE, é preciso que concorran catro requisitos: en primeiro lugar, que exista un fin constitucionalmente lexítimo; en segundo lugar, que a intromisión no dereito estea prevista na lei; en terceiro lugar (só como regra xeral), que a inxerencia na esfera de privacidade constitucionalmente protexida se acorde mediante unha resolución xudicial motivada e, finalmente, que se observe o principio de proporcionalidade; isto é, que a medida adoptada sexa idónea para alcanzar o fin constitucionalmente lexítimo perseguido con ela, que sexa necesaria ou imprescindible para o efecto (que non existan outras medidas máis moderadas ou menos agresivas para a consecución de tal propósito con igual eficacia) e, finalmente, que sexa proporcionada en sentido estrito (ponderada ou equilibrada por derivarse dela máis beneficios ou vantaxes para o interese xeral ca prexuízos sobre outros bens ou valores en conflito) [SSTC 207/1996, do 16 de decembro, F. 4; e 70/2002, do 3 de abril, F. 10 a)】”.

E é que o artigo 17 establece como límite ao deber de colaboración o que impón o dereito á intimidade persoal, familiar e o deber de segredo profesional.

Non cabe dúbida de que, no marco do xenérico deber de colaboración dos particulares coa Administración, se configura unha obrigatoria cesión ou comunicación de datos de carácter persoal, definida polo artigo 3.i) da Lei orgánica 15/1999 como “toda revelación de datos realizada a unha persoa distinta do interesado”.

Os datos de carácter persoal só poderán ser comunicados a un terceiro para o cumprimento de fins directamente relacionados coas

funcións lexítimas do cedente e do cesionario co consentimento previo do interesado.

O consentimento esixido non será preciso nos supostos previstos no artigo 11 da Lei orgánica de protección de datos, e só neses casos.

Se a comunicación se efectúa logo do procedemento de disociación de datos, non será necesario o consentimento do interesado.

A lei ocúpase de protexer o segredo profesional, pero lonxe dunha cláusula aberta recolle un *numerus clausus* de supostos nos cales se protexe ese segredo profesional, e só cita os supostos de diagnóstico, asesoramento ou defensa.

Esquece a norma que o deber de segredo e a protección de datos no ámbito sanitario se estende a todo o persoal, e non só ao que realiza funcións de diagnóstico. Esquece tamén a norma que o segredo profesional se estende máis alá destes supostos e que pode alcanzar case calquera oficio ou profesión. Imaxinemos o suposto de todos os contratos laborais afectados por cláusulas de confidencialidade.

O artigo prevé que, cando as inspeccións requiran a entrada no domicilio do afectado ou nos restantes lugares que requiran a autorización do titular, se estará ao disposto no artigo 100, que para estes supostos sinala a necesidade de autorización xudicial.

Esta previsión non debe levarnos a excluír a adopción de medios coercitivos, como a imposición de multas, cando a norma que establece a función inspectora o prevexa. Nestes casos, só despois de que a adopción dos mecanismos coercitivos sexa insuficiente se acudirá á autorización xudicial.

En calquera caso, á marxe do necesario consentimento do interesado, salvo os supostos previstos na Lei orgánica de protección de datos, o adecuado será a comunicación ao afectado para que este poida opoñerse á cesión dos seus datos, posto que se non hai máis remedio cabe acudir á disociación.

O artigo establece que os interesados nun procedemento que coñezan datos que permitan identificar outros interesados que non comparecesen nel teñen o deber de proporcionarllos á Administra-

ción actuante. Esta obrigaón só é esixible aos interesados no procedemento e, por tanto, aos suxeitos descritos no artigo 4 da lei.

Co establecemento deste deber, asegúrase a presenza no procedemento dos suxeitos do artigo 4.1.c): “Aqueles cuxos intereses lexítimos, individuais ou colectivos poidan resultar afectados pola resolución e que acudan ao procedemento en tanto non recaese resolución definitiva”.

Santamaría Pastor sinala que esta obriga non pode interpretarse como un deber xeral de delación, senón como unha necesidade de colaboración que lle permita á Administración o emprazamento ao procedemento doutras persoas que permita o exercicio dos seus dereitos no procedemento.

No artigo non se fai referencia aos principios de intervención das administracións públicas para o desenvolvemento dunha actividade cuxa inclusión na Lei 30/1992, do 26 de novembro, foi consecuencia das previsións contidas no artigo 2.1 da Lei 25/2009, do 22 de decembro, de modificación de diversas leis para a súa adaptación á Lei sobre o libre acceso ás actividades de servizos e o seu exercicio.

Estas previsións atopámolas agora no artigo 4 da Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público.

#### **REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Comentario sistemático a la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)* (director e coordinador), Carperi, Madrid, 1993.

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo), do 18 de outubro de 2012, recurso de casación en interese da lei núm. 6322/10.

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo), do 20 de novembro de 2014, recurso de casación en interese da lei núm. 3073/2012.

## **Artigo 19. Comparecencia das persoas**

1. *A comparecencia das persoas ante as oficinas públicas, xa sexa presencialmente ou por medios electrónicos, só será obrigatoria cando así estea previsto nunha norma con rango de lei.*

2. *Nos casos en que proceda a comparecencia, a correspondente citación fará constar expresamente o lugar, a data, a hora, os medios dispoñibles e o obxecto da comparecencia, así como os efectos de non atendela.*

3. *As administracións públicas entregarán ao interesado certificación acreditativa da comparecencia cando así o solicite.*

### **COMENTARIO:**

A comparecencia das persoas ante as administracións públicas é unha especificidade do deber de colaboración analizado no artigo precedente, sobre todo se temos en conta que a regulación non varía respecto do réxime anterior, salvo na admisión de comparecencia por medios electrónicos.

Dise que a comparecencia só será obrigatoria cando así o prevexa unha norma con rango de lei e, obviamente, debemos entender que a previsión xenérica efectuada neste artigo cobre esa reserva de lei que debe ser específica.

Non pode ser doutro xeito, posto que o artigo 31.3 da Constitución sinala que só poden establecerse “prestacións persoais ou patrimoniais de carácter público consonte a lei”.

En sintonía co impulso da Administración electrónica que se realiza ao longo de toda a lei, é obvio que a comparecencia electrónica será a preferente se temos en conta o sinalado no artigo 14 e a obrigatoriedade de relacionarse electronicamente coa Administración pública para todos os suxeitos do artigo 14.2. E tamén hai que ter presente a posibilidade de que regulamentariamente poida establecerse a obrigaón de relacionarse electronicamente coa Administración pública a través de medios electrónicos para determinados procedementos e para certos colectivos de persoas físicas respecto das cales, por razón da súa capacidade económica, técnica, dedica-

ción profesional ou outros motivos, quede acreditado que teñen acceso e dispoñibilidade dos medios electrónicos necesarios.

É dicir, a comparecencia será voluntaria salvo cando unha norma de rango legal estableza o seu carácter obrigatorio e esa comparecencia será electrónica para os suxeitos do artigo 14.2 da lei e para os colectivos de persoas físicas antes indicados, cando así se estableza regulamentariamente.

Do mesmo xeito que na normativa anterior, non se establecen mecanismos pola non comparecencia ou pola negativa a colaborar coa Administración, de maneira que salvo que exista unha previsión legal expresa non poderán adoptarse medidas como as multas coercitivas ou outros mecanismos como a compulsión sobre as persoas, aínda que deberían adoptarse de tratarse de actividades administrativas que poden incidir negativamente na esfera dos administrados.

A consecuencia da non comparecencia pode ser a ausencia do exercicio do dereito, e desta pode derivarse o non cumprimento dunha obrigaón, o que daría lugar á execución forzosa por parte da Administración.

Esa citación para comparecer debe realizarse sinalando sempre o lugar, a data e a hora da comparecencia, así como as consecuencias de non atendela. En aplicación dos principios de celeridade e antiformalismo do procedemento administrativo, deberá efectuarse tendo en conta o menor prexuízo para o administrado.

Non debo concluír o comentario deste precepto sen poñelo en relación coa figura da representación electrónica e a posibilidade de lle outorgar poderes ao representante non só do modo ordinario, senón tamén mediante a comparecencia electrónica.

O artigo 6 da lei establece a obrigaón de contar cun rexistro electrónico de apoderamentos en cada Administración.

Igualmente, procede mencionar a notificación por comparecencia electrónica regulada no artigo 43, a cuxo comentario me remito non sen antes comentar a nutrida xurisprudencia sobre a materia, da que é boa mostra a STS do 22 de febreiro do 2012 (rec. núm. 7/2011) pola que se resolve o recurso contencioso-administrativo

interposto contra o Real decreto 1363/2010, do 29 de outubro, ditado por proposta do Ministerio de Economía e Facenda, polo que se regulan os supostos de notificación e comunicación administrativas obrigatorias por medios electrónicos no ámbito da Axencia Estatal da Administración Tributaria.

Esta sentenza conta cun interesante voto particular formulado polo maxistrado relator Manuel Vicente Garzón Herrero.

#### **REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo), do día 22 de febreiro do 2012, recurso contencioso-administrativo núm. 7/2011.

Pensado, Alberto, “Comentarios sobre el proyecto de Ley de procedimiento administrativo común de las administraciones públicas”. *El Consultor*, núm. 10, 30 maio 2015, pp. 1245-1251.

Blog de José Ramón Chaves García: <https://delajusticia.com/>, “La nueva Ley 39/2015 a fondo: instituciones de procedimiento administrativo común”.

#### **Artigo 20. Responsabilidade da tramitación**

1. *Os titulares das unidades administrativas e o persoal ao servizo das administracións públicas que teñan ao seu cargo a resolución ou o despacho dos asuntos serán responsables directos da súa tramitación e adoptarán as medidas oportunas para remover os obstáculos que impidan, dificulten ou atrasen o exercicio pleno dos dereitos dos interesados ou o respecto polos seus intereses lexítimos, dispoñendo o necesario para evitar e eliminar toda anormalidade na tramitación de procedementos.*

2. *Os interesados poderán solicitar a exixencia desa responsabilidade á Administración pública de que dependa o persoal afectado.*

#### **COMENTARIO:**

Se algo destaca neste artigo é a ausencia de toda novidade na súa redacción respecto da normativa anterior, algo que non deixa de



ser notable tendo en conta que este precepto se interpretou sempre como consecuencia do dereito dos cidadáns a identificaren as autoridades e o persoal ao servizo das administracións públicas baixo cuxa responsabilidade se tramiten os procedementos. Porén, nesta nova lei non se lles recoñece ese dereito a todos os cidadáns, recoñéceselles só aos interesados no procedemento.

No entanto, todos os administrados teñen dereito a lles esixir responsabilidade ás administracións públicas e ás autoridades cando así corresponda.

Se se deixa á marxe a cuestión de como esixir responsabilidade sen o dereito a unha identificación previa, o artigo só pode comprenderse en conexión co artigo 36 da Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público, que regula a esixencia da responsabilidade patrimonial das autoridades e do persoal ao servizo das administracións públicas.

Movémonos, pois, no campo da responsabilidade patrimonial, xa que os particulares lle esixirán directamente á Administración pública correspondente as indemnizacións polos danos e perdas causados polas autoridades e polo persoal ao seu servizo.

Desa responsabilidade patrimonial derivará a consecuente responsabilidade administrativa, posto que a Administración correspondente, cando indemnice os lesionados, esixirá de oficio en vía administrativa das súas autoridades e do demais persoal ao seu servizo a responsabilidade en que incorresen por dolo, culpa ou negligencia graves, logo da instrución do correspondente procedemento.

A esixencia desa responsabilidade e a súa cuantificación ponderarase coa aplicación dos criterios seguintes: o resultado danoso producido, o grao de culpabilidade, a responsabilidade profesional do persoal ao servizo das administracións públicas e a súa relación coa produción do resultado danoso.

A Lei 40/2015, do 1 de outubro, sinala que o procedemento para esixir esta responsabilidade se tramitará conforme ao disposto na Lei de procedemento administrativo común das administracións públicas, pero non determina cal é ese procedemento, tendo en conta que o procedemento disciplinario non se regula na devandita norma.

En calquera caso, e de conformidade co artigo 36 da Lei 40/2015, do 1 de outubro, iniciarase por acordo do órgano competente, que se notificará aos interesados e que constará, polo menos, dos seguintes trámites:

- a) Alegacións durante un prazo de quince días.
- b) Práctica das probas admitidas e calquera outra que o órgano competente estime oportuna durante un prazo de quince días.
- c) Audiencia durante un prazo de dez días.
- d) Formulación da proposta de resolución nun prazo de cinco días, computables desde a finalización do trámite de audiencia.
- e) Resolución polo órgano competente no prazo de cinco días.

A existencia ou inexistencia de responsabilidade no ámbito administrativo non exclúe a posible existencia de responsabilidade penal ou civil e, por tanto, o traslado da culpa aos tribunais competentes.

Parece escasa a regulación da responsabilidade do persoal ao servizo das administracións públicas se temos en conta o incremento das esixencias ás que se ve sometido o persoal por mor da Administración electrónica, da Administración amable e da aplicación da normativa de transparencia.

#### **REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOCTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Cobo Olvera, Tomás, *El régimen jurídico de las administraciones públicas y el procedimiento administrativo común*. El consultor de los ayuntamientos, 2008.

Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Comentario sistemático a la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, director e coordinador, Carperi, Madrid, 1993.

### **Artigo 21. Obriga de resolver**

1. A Administración está obrigada a ditar resolución expresa e a notificala en todos os procedementos, calquera que for a súa forma de iniciación.

*Nos casos de prescripción, renuncia do dereito, caducidade do procedemento ou desistencia da solicitude, así como de desaparición sobrevida do obxecto do procedemento, a resolución consistirá na declaración da circunstancia que concorra en cada caso, con indicación dos feitos producidos e das normas aplicables.*

*Excepciónanse da obriga a que se refire o parágrafo primeiro os supostos de terminación do procedemento por pacto ou convenio, así como os procedementos relativos ao exercicio de dereitos sometidos unicamente ao deber de declaración responsable ou comunicación á Administración.*

*2. O prazo máximo en que se debe notificar a resolución expresa será o fixado pola norma reguladora do correspondente procedemento.*

*Este prazo non poderá exceder seis meses, salvo que unha norma con rango de lei estableza un maior ou así veña previsto no dereito da Unión Europea.*

*3. Cando as normas reguladoras dos procedementos non fixen o prazo máximo, este será de tres meses. Este prazo e os previstos no número anterior contaránse:*

- a) Nos procedementos iniciados de oficio, desde a data do acordo de iniciación.*
- b) Nos iniciados por solicitude do interesado, desde a data en que a solicitude tivese entrada no rexistro electrónico da Administración ou organismo competente para a súa tramitación.*

*4. As administracións públicas deben publicar e manter actualizadas no portal web, para efectos informativos, as relacións de procedementos da súa competencia, con indicación dos seus prazos máximos de duración, así como dos efectos que produza o silencio administrativo.*

*En todo caso, as administracións públicas informarán os interesados do prazo máximo establecido para a resolución dos procedementos e para a notificación dos actos que lles poñan termo, así como dos efectos que poida producir o silencio administrativo. A dita mención incluírase na notificación ou publicación do acordo de iniciación de oficio, ou na comunicación que se dirixirá para o efecto ao interesado dentro dos dez días seguintes ao da recepción da solicitude iniciadora do procedemento no rexistro electrónico da Administración ou organismo competente para a*

*súa tramitación. Neste último caso, a comunicación indicará, ademais, a data en que a solicitude foi recibida polo órgano competente.*

*5. Cando o número das solicitudes formuladas ou das persoas afectadas poida supor un incumprimento do prazo máximo de resolución, o órgano competente para resolver, por proposta razoada do órgano instructor, ou o superior xerárquico do órgano competente para resolver, por proposta deste, poderán habilitar os medios persoais e materiais para cumprir co despacho adecuado e en prazo.*

*6. O persoal ao servizo das administracións públicas que teña ao seu cargo o despacho dos asuntos, así como os titulares dos órganos administrativos competentes para instruír e resolver son directamente responsables, no ámbito das súas competencias, do cumprimento da obriga legal de ditar resolución expresa en prazo.*

*O incumprimento da dita obriga dará lugar á existencia de responsabilidade disciplinaria, sen prexuízo daquela que proceda de acordo coa normativa aplicable.*

## **COMENTARIO:**

O título deste artigo é xa indicativo da imposición dun mandato á Administración: existe sempre a obriga de resolver todos os procedementos, con independencia da súa forma de iniciación, como xa recolle o apartado 1 no seu primeiro parágrafo.

Esta é unha preocupación do lexislador baseada nunha problemática certa de casos onde a Administración deixa sen resolver, escenario inaceptable para o lexislador do procedemento administrativo. Tanto é así que, xunto coa a instauración dese mandato, recollido xa como título deste artigo 21, a norma se encarga de establecer institucións xurídicas que operarán como reforzo negativo cara a ese mal endémico da falta de resolucións expresas nos procedementos, como é o silencio positivo como regra xeral nos procedementos iniciados por instancia das persoas interesadas ou a caducidade nos procedementos sancionadores, efectos que se analizan nos artigos onde se recollen estes.

De feito, esa obriga de resolver aparece incluso naqueles casos onde existen elementos que fan innecesario entrar no fondo da cuestión, aínda que nese caso a resolución se limita a dar conta dese elemento, desa circunstancia, contextualizándoa cos feitos e normas que dan lugar a ela. Efectivamente, nese apartado 1 recóllese que nos casos de prescrición, renuncia do dereito, caducidade do procedemento ou desistencia da solicitude, así como de desaparición sobrevida do obxecto do procedemento, a resolución consistirá na declaración da circunstancia que conorra en cada caso, con indicación dos feitos producidos e das normas aplicables.

As únicas excepcións a esa obriga de ditar resolución expresa están referenciadas no último parágrafo dese apartado 1 e quedan limitadas aos supostos de terminación do procedemento por pacto ou convenio, así como aos procedementos relativos ao exercicio de dereitos sometidos unicamente ao deber de declaración responsable ou comunicación á Administración. Engade a redacción desta Lei 39/2025, desta LPACAP, a mención á declaración responsable, inexistente no correlativo artigo da Lei 30/1992, o cal é un axuste oportuno pola plena operatividade actual, e ata reforzamento, desa declaración responsable tras a implantación da Directiva de servizos e Lei de garantía da unidade de mercado.

Dese apartado 1 do artigo, concretamente da súa primeira frase, existe outro aspecto que debe ser destacado. Observaremos como a obriga que recae sobre a Administración non é só de resolver, senón de resolver e notificar tal resolución. Veremos inmediatamente como isto ten como efecto que o prazo para resolver é, en realidade, o prazo para resolver e notificar.

Na redacción inicial da Lei 30/1992, a LRX-PAC, non existía esa referencia á notificación, de maneira que o mandato se circunscribía só a ditar a resolución. Esa mención a tamén a súa notificación introdúcese nesa norma pola importante reforma operada nela pola Lei 4/1999, aínda que esta esixencia xa era unha constante na xurisprudencia, polo que o lexislador non fixo máis que adaptar o texto legal a ela.

Entre o apartado 2 e primeira frase deste artigo 21 da LPACAP, temos as claves para determinar cal é o prazo para resolver.

Un primeiro apuntamento ao respecto é que, coma sempre, non podemos perder de vista que nese prazo a Administración debe non só ditar a resolución, senón tamén notificala, como xa foi comentado. De todas as formas, isto require unha puntualización moi oportuna. Cando a Lei 4/1999 introduciu na Lei 30/1992 (LRX-PAC) esta esixencia de incluír a notificación no prazo para resolver, recolleu noutro precepto –concretamente no artigo 58.4– que, para os efectos do cumprimento deste prazo para resolver, bastaría o “intento de notificación debidamente acreditado”. Esta mesma mención aparece tamén na LPACAP, no seu artigo 40.4, ao recoller: “Sen prexuízo do establecido no número anterior, e só para os efectos de entender cumprida a obriga de notificar dentro do prazo máximo de duración dos procedementos, será suficiente a notificación que conteña, cando menos, o texto íntegro da resolución, así como o intento de notificación debidamente acreditado”.

Polo tanto, se queremos ser precisos, habería que dicir que, no prazo establecido para resolver, a Administración debe ditar a resolución e realizar ese “intento de notificación debidamente acreditado”. Como inmediatamente se nos aparece, esa expresión reproducida, xera e xerou un debate do que implica exactamente. Tal cuestión é analizada no comentario ao artigo 40.4. Baste aquí con mencionar que foron necesarias dúas sentenzas do Tribunal Supremo, fixando doutrina legal en base a senllos recursos de casación de interese de lei, para que poidamos ter parámetros máis e menos precisos do que tal intento significa –e do que non– para os efectos de considerar cumprido o prazo. Son as sentenzas do Tribunal Supremo do 17 e novembro de 2003, recurso de casación en interese de lei 128/2002, e do 3 de decembro de 2013, recurso de casación en interese de lei 557/2011.

O segundo apuntamento son as regras para determinar ese prazo para resolver, que son iguais sexa un procedemento iniciado por solicitude da persoa interesada ou sexa iniciado de oficio.

Así, a primeira regra é que tal prazo se debe buscar na normativa sectorial. Inmediatamente, a LPACAP aclara cal debe ser o rango

desa normativa sectorial: para establecer un prazo de ata seis meses é suficiente o rango regulamentario, namentres que para ser superior a tales seis meses debe ser de rango legal (ou que estea previsto no dereito da Unión Europea).

Non está de máis lembrar que esa esixencia de rango legal para os prazos de resolución superiores a seis meses foi unha das novidades introducidas na Lei 30/1992 pola Lei 4/1999. Isto fixo que se aprobasen normas legais, tanto no Estado como nas comunidades autónomas, cuxo contido principal, ou polo menos un deles, era aprobar unha listaxe de procedementos con prazo superior aos seis meses para ser resolto. Sucedeu en Galicia coa Lei galega 6/2001, do 29 de xuño, chamada moi descritivamente “de adecuación da normativa da Comunidade Autónoma de Galicia á Lei 4/1999, do 13 de xaneiro, de modificación da Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común”, cuxo anexo I contén toda unha relación de procedementos con duración superior aos 6 meses.

A LPACAP recolle finalmente unha regra subsidiaria ou de peche: de non existir tal prazo na concreta normativa do procedemento, este será de tres meses.

A operatividade desas regras leva a que debamos traer a seguinte problemática, referida neste caso á seguinte novidade para cos procedementos sancionadores. Antes, coa LRX-PAC, igual ca agora coa LPACAP, tamén se establecían tres meses para resolver en defecto de normativa sectorial, pero existía un regulamento sancionador horizontal, Real decreto 1398/1993, do 4 de agosto, polo que se aproba o regulamento do procedemento para o exercicio da potestade sancionadora, que para os sancionadores o elevaba a seis meses, no seu artigo 20.6.

Polo tanto, o prazo mínimo neses procedementos, por ese real decreto, era de seis meses, por canto tal regulamento era de aplicación subsidiaria para todos os procedementos sancionadores (agás para os disciplinarios, que xa recollían tamén na súa normativa polo menos seis meses).

A cuestión é que esta nova lei do procedemento administrativo, a Lei 39/2015, derroga ese Real decreto 1398/1993, polo que, tras a súa entrada en vigor o 2 de outubro de 2016, quedará unicamente a mención a que, en defecto de lei sectorial, rexerá, con carácter subsidiario, o prazo de caducidade de tres meses para os sancionadores.

Aclarado cal é o momento de finalización para considerar cumprida en prazo a obriga de resolver, queda por determinar cal sería o día que comeza a computar este, aspecto regulado no apartado 3, onde, loxicamente, se diferencia segundo sexa un procedemento iniciado por solicitude de persoa interesada ou un procedemento iniciado de oficio, sancionadores maiormente.

Así, para os procedementos de oficio, recóllese que comezará na data do acordo de incoación. De feito, é hoxe xurisprudencia consolidada, en relación coa idéntica redacción na LRX-PAC, que ese comezo é na data do referido acordo, non no da súa notificación (por todas, STS 01-12-2009). É máis, a Sentenza do Tribunal Constitucional 166/2014 declarou a inconstitucionalidade dun precepto autonómico que dispoñía como *dies a quo* para estes efectos o da notificación e non o do acordo.

Para os iniciados por solicitude do interesado, a data será aquela na que a solicitude tivese entrada no rexistro electrónico da Administración ou organismo competente para a súa tramitación. Con esta redacción, quedaría claro que se se presenta nun rexistro diferente ao da Administración competente debido aos mecanismos de colaboración entre os rexistros administrativos, só cando entre no rexistro desta comezará a computar o prazo.

Destacamos que esa redacción fala de que comeza a computar desde que entra no rexistro da Administración (ou organismo) competente, pero non no rexistro do concreto centro directivo ou unidade dentro desa Administración concretamente responsable desa tramitación. E aquí temos unha certa dose de incongruencia interna na redacción deste artigo.

Efectivamente, tanto no apartado 3.b) como no segundo parágrafo do apartado 4 recóllese que o prazo comeza coa entrada no rexistro da Administración ou organismo competente. O lexislador do



2015 debeu ser consciente deste cambio, pois modificou a redacción anterior, en tanto que a Lei 30/1992 falaba da entrada no rexistro, aquí si, do órgano competente, da unidade especificamente responsable, en definitiva. A incoherencia xorde porque, en cambio, esta LPACAP segue mantendo a frase final do apartado 4, de que se lle debe comunicar ao interesado a data na que a solicitude foi recibida polo “órgano competente”, información que só ten interese real de pivotar sobre tal entrada o cómputo do *dies a quo* para resolver.

En todo caso, dado que é o apartado 3.b) o destinado a fixar o día do comezo deste cómputo, entendemos que prevalece a súa mención a que será o da entrada na Administración ou organismo competente, sen máis.

Remitímonos á explicación, nos artigos correspondentes, sobre a novidade referida á mención a que haberá rexistros electrónicos e, sobre todo, a transitoriedade prevista, persistindo a regulación da LRX-PAC ata que entre en vigor, en outubro de 2018, a regulación desta materia na Lei 39/2015.

No apartado 3 non hai grandes novidades verbo da regulación previa, agás algúns axustes terminolóxicos. A regulación contida neste denota unha preocupación, moi xustificada, por que se lle facilite á cidadanía o coñecemento dos prazos para resolver, así como os efectos do seu incumprimento, concretamente do silencio, tendo en conta o nuclear desta cuestión e que eses prazos e efecto poden vir recollidos nunha fragmentada normativa sectorial, unido a que os particulares non teñen que dispoñer de asistencia letrada especializada na fase administrativa, e así será con moita frecuencia.

De feito, neste punto refórzase a regulación anterior, pois ordénase recoller tal información nas webs das administracións.

Mantense tamén a obriga de que no primeiro acto dos procedementos, no do acordo de incoación nos de oficio, e nos 10 días seguintes á entrada da solicitude, se debe informar ao concretado interesado dos prazos para resolver, e nestes procedementos iniciados por solicitude de se estamos ante un suposto de silencio positivo ou negativo. Tamén, como antes vimos, neste tipo de procedementos

non de oficio debe informarse nesa comunicación da data de entrada da solicitude no “órgano” competente.

O apartado 5 é a primeira parte do que logo pode dar lugar a unha ampliación do prazo para resolver. De feito, na Lei 30/1992 estaba regulado todo xunto no apartado 6 do artigo 42. Coa Lei 39/2015, aquí está esa primeira mención á habilitación de máis medios persoais e materiais para cumprir este prazo de resolución, e no artigo 23, a consecuencia da ineficacia ou imposibilidade desa medida: a posibilidade de ampliar tal prazo. Será no comentario a tal artigo 23 onde tratemos entón todo este escenario.

Finalmente, o apartado 6 non contén novidades salientables, pois a única diferenza foi o cambio da expresión *in fine* “normativa vixente” do artigo 42.6 LRX-PAC por “normativa aplicable” neste artigo 21 da LPACAP.

#### **REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo), do 17 de novembro de 2003, recurso de casación en interese de lei núm. 128/2002.

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo), do 3 de decembro de 2013, recurso de casación en interese de lei núm. 557/2011.

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo), do 1 de decembro de 2009, recurso de casación núm. 1099/2008.

Sentenza do Tribunal Constitucional (Pleno), do 22 outubro de 2014, cuestión de inconstitucionalidade núm. 7929/2009.

#### **Artigo 22. Suspensión do prazo máximo para resolver**

1. O transcurso do prazo máximo legal para resolver un procedemento e notificar a resolución poderase suspender nos seguintes casos:

- a) Cando se deba requirir calquera interesado para a emenda de deficiencias ou a achega de documentos e outros elementos de xuízo necesarios, polo tempo que medie entre a notificación do requiri-

mento e o seu efectivo cumprimento polo destinatario ou, na súa falta, polo do prazo concedido, todo isto sen prexuízo do previsto no artigo 68 da presente lei.

- b) Cando se deba obter un pronunciamento previo e preceptivo dun órgano da Unión Europea, polo tempo que medie entre a petición, que se deberá comunicar aos interesados, e a notificación do pronunciamento á Administración instrutora, que tamén lles deberá ser comunicada.
- c) Cando exista un procedemento non finalizado no ámbito da Unión Europea que condicione directamente o contido da resolución de que se trate, desde que se teña constancia da súa existencia, o que deberá ser comunicado aos interesados, ata que se resolva, o que tamén deberá de ser notificado.
- d) Cando se soliciten informes preceptivos a un órgano da mesma ou distinta Administración, polo tempo que medie entre a petición, que se deberá comunicar aos interesados, e a recepción do informe, que igualmente deberá ser comunicada a estes. Este prazo de suspensión non poderá exceder en ningún caso tres meses. En caso de non recibirse o informe no prazo indicado, proseguirá o procedemento.
- e) Cando deban realizarse probas técnicas ou análises contraditorias ou dirimentes propostas polos interesados, durante o tempo necesario para a incorporación dos resultados ao expediente.
- f) Cando se inicien negociacións con vistas á conclusión dun pacto ou convenio nos termos previstos no artigo 86 desta lei, desde a declaración formal ao respecto ata a conclusión sen efecto, se for o caso, das referidas negociacións, que se constatará mediante declaración formulada pola Administración ou polos interesados.
- g) Cando para a resolución do procedemento sexa indispensable a obtención dun pronunciamento previo por parte dun órgano xurisdiccional, desde o momento en que se solicita, o que se deberá comunicar aos interesados, ata que a Administración teña constancia del, o que tamén lles deberá ser comunicado.

2. O transcurso do prazo máximo legal para resolver un procedemento e notificar a resolución suspenderase nos seguintes casos:

- a) *Cando unha Administración pública requira outra para que anule ou revise un acto que entenda que é ilegal e que constituía a base para o que a primeira deba ditar no ámbito das súas competencias, no suposto a que se refire o número 5 do artigo 39 desta lei, desde que se realiza o requirimento ata que se atenda ou, se for o caso, se resolva o recurso interposto ante a xurisdición contencioso-administrativa. Deberá comunicarse aos interesados tanto a realización do requirimento como o seu cumprimento ou, se for o caso, a resolución do correspondente recurso contencioso-administrativo.*
- b) *Cando o órgano competente para resolver decida realizar algunha actuación complementaria das previstas no artigo 87, desde o momento en que se notifique aos interesados o acordo motivado do inicio das actuacións ata que se produza a súa terminación.*
- c) *Cando os interesados promovan a recusación en calquera momento da tramitación dun procedemento, desde que esta se presente ata que sexa resolta polo superior xerárquico do recusado.*

### COMENTARIO:

Inmediatamente despois de que esta LPACAP regule esa obriga de resolver e prazos para isto no artigo 21, a norma procede a regular os supostos onde tal prazo pode suspenderse neste artigo 22. Logo, co artigo 23 (e ulteriormente co artigo 32), veremos outra institución que afecta tamén ese prazo, aínda que de forma diferente, cal é a da súa ampliación.

Centrados xa no artigo 22, vemos aquí cambios de certa importancia verbo da redacción da suspensión deste prazo no que era o artigo 42.5 da Lei 30/1992 (LRX-PAC).

O primeiro deses cambios é de carácter estrutural. A maiores de que agora existe un precepto independente para regular esta cuestión —o cal é oportuno en técnica lexislativa para evitar un precepto, como era antes o 42, demasiado extenso—, o artigo 22 chama a atención inicialmente porque divide as causas de suspensión entre

potestativas (apartado 1: “poderase suspender”) e necesarias (apartado 2: “suspenderase”).

Un apuntamento de principio é recalcar como o artigo vai especificar cal é o período de suspensión. Aínda máis importante é chamar a atención sobre como se esixe que exista un acordo de suspensión e, sobre todo, que este se lles notifique aos interesados, elementos aos que se adoita anoar a efectividade final da suspensión. Tamén se recolle na maioría das letras a necesidade de comunicar o elemento finalizador desa causa de suspensión (a recepción dun documento, informe...).

Non se nos escapa, neste sentido, que acordar unha suspensión cando non está admitida como tal ou desenvolver de forma incorrecta unha das admitidas produciría como consecuencia o rexeitamento á súa operatividade como período de suspensión, co risco entón de aparición dos efectos das resolucións extemporáneas: o silencio positivo, como regra xeral, nos procedementos iniciados por solicitude dos interesados ou a caducidade, nos sancionadores, por citar os máis relevantes.

Comezaremos entón a analizar as do apartado 1 que, como dixemos, están englobadas baixo o parámetro “poderase suspender”, en contraposición ao “suspenderase” do apartado segundo.

O primeiro suposto que habilita para suspender será o caso de que se lle requira a emenda ou a achega de documentos á persoa interesada, onde non hai novidades, agás de carácter terminolóxico.

Os dous seguintes casos están regulando causas de suspensión dimanantes da nosa inclusión na Unión Europea e, así, son causas de suspensión do prazo para resolver o caso de que se requira dun informe previo e preceptivo —e recalcamos o de preceptivo— dos órganos europeos, ou cando exista un procedemento non finalizado no ámbito da Unión Europea que condicione directamente o contido da resolución. Este último é unha novidade, espello da tamén nova introdución da prexudicialidade xudicial da letra g), que logo comentaremos.

Da literalidade recollida na letra d) son varias as cuestións que paga a pena destacar. A máis importante é que con esta LPACAP se

varía a operatividade do suposto de suspensión por informes verbo da LRX-PAC.

En efecto, antes para que aparecese esa suspensión era necesario que fosen informes preceptivos e “determinantes” do contido da resolución. Ese “determinantes” era reservado a aqueles informes sen cuxa emisión o órgano resolutorio non podía emitir a súa decisión (por todas, STS 08-03-2010). Agora só se recolle o termo de “preceptivos”, o cal ten lóxica por canto que, se para o lexislador a emisión dese informe é obrigado, se é preceptivo, xa leva implícito o seu carácter determinante ou necesario para emitir a resolución final.

Evidentemente, tal carácter non implica un determinismo absoluto respecto da decisión do órgano resolutorio, pois senón sería este informante o órgano decisor, pero tamén coa mesma evidencia se pode dicir que un apartamento das consideracións dese informe requiren dunha motivación, dunha explicación, cualificada.

A maiores, sobre a petición de informes preceptivos, hai que indicar, por un lado, que xa se recolle aquí que a non recepción do informe en tres meses fará que se deba proseguir co procedemento, que se alce a efectividade da suspensión e, por outro, que a xurisprudencia maioritaria non entende como causa de suspensión a petición de ratificación das actas, tan propia dos procedementos sancionadores cando se poñen en dúbida as consideracións de tales documentos.

Mantéñense sen diferenzas as causas de suspensión pola realización de probas técnicas ou análises contraditorias ou dirimentes, onde chamamos a atención que están referidas no texto do precepto só ás propostas polos interesados, así como a causa referida ao inicio de negociacións, de tan pouca aplicación na realidade diaria polas dificultades de desenvolver estas no eido das administracións públicas.

De importancia é o suposto recollido na letra g) –novidade fronte á regulación anterior– e que responde a un baleiro para cando existía interconexión entre a vía xudicial e a administrativa. Agora caberá suspender o prazo para resolver cando, para a resolución dese procedemento, sexa indispensable a obtención dun pronunciamento previo por parte dun órgano xurisdiccional.

Desa regulación destacamos dous aspectos: i) o carácter restrictivo co que é introducido, pois só cabe esa suspensión cando ese pronunciamento xudicial sexa “indispensable” para a resolución administrativa e ii) que parece que este suposto só pode partir da solicitude das persoas interesadas, pola referencia a que comeza a computar a suspensión desde que se solicita. Na nosa opinión, e á espera de como evolucione a interpretación dese precepto, ambos os condicionantes deben ser dotados de certa flexibilidade para permitir suspender alí onde a decisión xudicial teña unha afectación certa para coa decisión que hai que adoptar na vía administrativa, e así evitar incoherencias de moi difícil solución logo e que, por suposto, tamén se permita que esta causa de suspensión, de existir, poida partir de oficio da propia Administración, non só por instancia dos interesados.

Entrando agora no apartado 2 do artigo 22, referido ás causas onde “se suspenderá” o prazo –fronte ao “poderase suspender” do apartado anterior–, a primeira das letras, a letra a), achega tamén unha novidade verbo da lei precedente.

Esa letra a) trata de evitar que nun Estado coma o noso, multinivel, as resolucións entre as administracións públicas actuantes sexan incoherentes e ata contraditorias, o cal valoramos como acertado. Pode verse como unha dificultade práctica da súa operatividade que a suspensión ata a finalización da vía xudicial dirimente da controversia pode dar lugar a períodos moi prolongados no tempo, dada a demora que pode haber ata unha decisión xudicial con grao de firmeza.

En realidade, a primeira parte deste suposto de suspensión está descrita no artigo 39.5, que recolle que, cando unha Administración pública teña que ditar, no ámbito das súas competencias, un acto que necesariamente teña por base outro ditado por unha Administración pública distinta e aquela entenda que é ilegal, poderá requirir esta previamente para que anule ou revise o acto, de acordo co disposto no artigo 44 da Lei 29/1998, do 13 de xullo, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa, e, se rexeitar o requirimento, poderá interpor recurso contencioso-administrativo. Aí xa

se apunta que neses casos quedará suspendido o procedemento para ditar resolución, o cal é desenvolvido, efectivamente, nesta letra a) do apartado 2 do artigo 22 que nos ocupa.

Na letra b) do artigo 22.3 acóllese a suspensión derivada da realización das actuacións complementarias previstas no artigo 87. Este recolle que, antes de ditar resolución, o órgano competente para resolver poderá decidir a realización das actuacións complementarias indispensables para resolver o procedemento, sen que teñan tal consideración os informes que preceden inmediatamente a resolución final do procedemento.

De feito, debemos acudir a tal artigo 87 para observar cales son os prazos para esas actuacións complementarias e, coherentemente, de efectividade da suspensión. Así, recóllese que as actuacións complementarias deberán practicarse nun prazo non superior a quince días e que haberá un prazo de sete días para que os interesados poidan formular as alegacións que consideren pertinentes despois da finalización daquelas.

A última letra é unha prevención oportuna para evitar unha situación problemática, cal é, de aceptarse a recusación, como manexar a realidade dun procedemento que avanzou baixo a instrución de quen logo se entendeu que estaba en causa de recusación. Tamén para evitar converter a recusación nun incidente buscado artificialmente para facer caer na extemporaneidade da resolución do procedemento. Isto xustifica como causa de suspensión cando os interesados promovan a recusación en calquera momento da tramitación dun procedemento ata que sexa resolta polo superior xerárquico do recusado.

De todas as formas, neste punto cabe indicar como existen normas que expresamente rexeitan tal efecto suspensivo, como é o artigo 193.a) da Lei 2/2015, do 29 de abril, do emprego público de Galicia, que recolle que “a presentación da recusación non supoñerá a suspensión do procedemento” dentro da regulación dos procedementos disciplinarios.

Un último comentario é necesario en relación coas causas de suspensión do prazo para resolver. Aínda que vemos que o artigo 22



non fai unha chamada a outros supostos citados nesta lei de procedemento, ou eventualmente noutras, iso, evidentemente, non é un impedimento para que operen.

Por exemplo, xa na propia LPACAP, concretamente no seu artigo 25.2, se recolle un suposto, ademais de carácter bastante aberto, desta dimensión, como é que nos supostos en que o procedemento se paralizase por causa imputable ao interesado se interromperá o cómputo do prazo para resolver e notificar a resolución. Agora ben, tal suposto, dada a súa localización sistemática, só operaría, nunha interpretación literal, nos procedementos iniciados de oficio, pois a iso se refire o artigo 25 onde se insire.

#### **REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo), do 8 de marzo de 2010, recurso de casación núm. 771/2006.

#### **Artigo 23. Ampliación do prazo máximo para resolver e notificar**

*1. Excepcionalmente, cando se esgotasen os medios persoais e materiais dispoñibles a que se refire o número 5 do artigo 21, o órgano competente para resolver, por proposta, se for o caso, do órgano instructor ou o superior xerárquico do órgano competente para resolver, poderá acordar de maneira motivada a ampliación do prazo máximo de resolución e notificación, sen que este poida ser superior ao establecido para a tramitación do procedemento.*

*2. Contra o acordo que resolva sobre a ampliación de prazos, que deberá ser notificado aos interesados, non caberá recurso ningún.*

#### **COMENTARIO:**

Como apuntamos no comentario ao artigo 21, o suposto previsto no artigo 23 ten a súa primeira parte no número 5 dese artigo 21, polo que no comentario deste xa expresamos que sería aquí onde

procederíamos á análise desta posibilidade de ampliación do prazo máximo para resolver e notificar.

Anteriormente, esta posibilidade de ampliación estaba regulada nun mesmo apartado, non dividida en dúas partes separadas coma agora. Concretamente estaba no apartado 6 do artigo 42 da Lei 30/1992, a LRX-PAC.

Se comparamos a literalidade do artigo 21.5 e 23 da LPACAP co artigo 42.6 da LRX-PAC, non atopamos diferenzas máis aló dalgún cambio na estrutura e disposición das súas frases, o cal está motivado, principalmente, polo feito de que agora son dous preceptos o que antes era un apartado dun.

Na lei de procedemento administrativo, tanto antes coa LRX-PAC como agora coa LPACAP, existiron e existen dúas referencias principais á posibilidade de ampliar prazos no procedemento administrativo.

A primeira é a derivada desta combinación do artigo 21.5 e 23, que comentaremos inmediatamente, e a outra, a recollida agora no artigo 32 da LPACAP (antes artigo 49 na LRX-PAC), que será analizado no seu comentario.

A posibilidade que agora nos ocupa, a recollida primeiro no artigo 21.5 e que logo pasa ao artigo 23, non habilita para unha ampliación de prazo para notificar e resolver en calquera circunstancia e situación, senón que marca tanto as situacións que poden dar lugar a esta como quen o pode decidir ou cal pode ser ese prazo de ampliación.

En efecto, segundo o artigo 21.5, este suposto de ampliación parte de que apareza un número de solicitudes ou de persoas afectadas que faga prever que non se vai poder cumprir o prazo de resolver e notificar.

En todo caso, deses preceptos, o que resulta non é a posibilidade directa de ampliar nesas situacións, senón que, de aparecer tales supostos, o primeiro paso ha de ser intentar habilitar máis medios persoais e materiais para cumprir con tal prazo.

Só “excepcionalmente” e cando se esgotasen os medios persoais e materiais dispoñibles, segundo a literalidade do artigo 23, se pode pasar a decidir ampliar o prazo.

Esa decisión de ampliar debe ser adoptada por acordo, como recolle o artigo 23 *in fine*, acordo de ampliación que debe ser motivado e, moi importante, notificado ás persoas interesadas. A xurisprudencia adoita ligar a eficacia do efecto ampliador dese acordo, primeiro, a que exista tal resolución expresa de ampliación e, segundo, por iso remarcamos a súa importancia, a que se lles notifique ás persoas interesadas.

A maiores, cómpre destacar que é un principio xeral para toda ampliación de prazos a esixencia de que esta debe ser acordada sempre antes de que transcorra o prazo que se pretende ampliar; así o recolle expresamente o apartado 3 do artigo 32 con moita firmeza (“En ningún caso poderá ser obxecto de ampliación un prazo xa vencido”). No caso que nos ocupa, non era imprescindible unha mención deste tipo, primeiro por obvia e, segundo, porque se se pretende ampliar o prazo para resolver cando este se superou, xa tería aparecido a caducidade de estarmos fronte a un sancionador, como se verá no comentario do artigo 25, e este efecto non se pode entón obviar, ou o silencio, de ser un procedemento iniciado por solicitude de interesado, coa regra xeral do silencio positivo, que tampouco pode ser enervado por unha resolución expresa extemporánea, como explicaremos no comentario do seguinte precepto.

Evidentemente, tamén debemos chamar a atención sobre a importancia de que ese acordo de ampliación estea motivado, motivación que debe cubrir a xustificación da existencia dos parámetros que estes artigos mencionan para habilitar a ampliación: que existe un número de solicitudes e persoas afectadas que fai supoñer que non se vai cumprir o prazo para resolver e notificar e que se esgotaron ou que non hai posibilidade de dispoñer de medios persoais e humanos para cumprir co despacho adecuado e en prazo. Tal xustificación non debe caer en fórmulas estereotipadas, senón que debe estar baseada en referencias concretas ao caso ou casos que merecen desta ampliación.

Os artigos 21.5 e 23 especifican, ademais, quen debe tomar a decisión de ampliar: o órgano competente para resolver ou o seu superior xerárquico. Agora ben, esta decisión debe ir precedida dunha proposta razoada do órgano instrutor (ou do órgano competente para resolver, de decidir a ampliación o seu superior).

Esa proposta non aparece como potestativa en canto á previsión de incumprimento do prazo para resolver polo número de solicitudes formuladas ou de persoas afectadas, proposta que non dá lugar directamente á ampliación senón a que o órgano competente para resolver ou o seu superior intente habilitar máis medios. Namentres para o seguinte paso, o de ampliar por non dispoñibilidade de máis medios, esa proposta xa aparece como non obrigada pois recóllese baixo a referencia “de ser o caso” (observaremos que no caso da decisión de ampliar polo superior xerárquico xa non hai mención, curiosamente, a unha proposta do órgano resolutorio).

Dous últimos apuntamentos son oportunos en relación co que resulta da literalidade do artigo 23: i) por esta vía cabe duplicar o tempo para resolver, pois o teito de ampliación é que este novo prazo non supere o previsto para ese procedemento (artigo 23.1 *in fine*) e ii) contra o acordo de ampliación non cabe interpoñer recurso ningún de forma autónoma (artigo 23.2). É obvio que, cando se impugne a resolución do procedemento, se poderá criticar a utilización desta ampliación de forma que, se ten irregularidades que acaden o grao de invalidantes, aparecerá, con carácter xeral, o efecto de non resolver entón en prazo, ao non ser hábil a ampliación decretada. Isto é, silencio, normalmente positivo, no caso dos procedementos iniciados por solicitude da persoa interesada e a caducidade nos procedementos sancionadores.

É oportuno finalizar esta singradura polo artigo 21.5 e 23 sinalando as principais diferenzas verbo do camiño recollido no artigo 32. Así, aquí é expresa a posibilidade de por esta vía ampliar o prazo para resolver; tamén nesta vía se especifica quen debe tomar a decisión e por proposta de quen; o artigo 23 permite ampliar ata o dobre o prazo inicial (no artigo 32 é só a metade do prazo inicial), pero, iso si, as causas e camiño para a ampliación parecen máis acoutados aquí,

pois necesita dese número de solicitudes ou persoas afectadas e de non haber dispoñibilidade de máis medios, namentres que no artigo 32 permite a ampliación simplemente “se as circunstancias o aconsellan e con isto non se prexudica dereitos de terceiro”, sen mención a que previamente se deban intentar buscar máis medios para o despacho, unido a que no artigo 32 hai unha habilitación expresa a que a ampliación sexa solicitada polas persoas interesadas.

Non quedaría completo o comentario desta vía se non fixésemos unha referencia a como entende a xurisprudencia esta posibilidade de ampliación do artigo 23, sobre todo naquelas sentenzas que focalizan o debate litixioso na súa análise, pois son moitas as que só recollen algunha referencia *obiter dicta* sen demasiada profundidade como para sacar conclusións.

Podemos utilizar a xurisprudencia ditada a propósito do artigo 42.6 LRX-PAC por canto que non hai novidades na literalidade dos artigos 21.5 e 23 con respecto a ese, como xa vimos.

A primeira dúbida que nos resolve a xurisprudencia é se esta vía de ampliación é de aplicación aos procedementos sancionadores. Así, dificilmente é compatible cun sancionador a existencia dun gran número de “solicitudes”, mentres que si tería máis acollida o de “persoas afectadas”, agás que este termo estea ligado ao previo das solicitudes.

En todo caso, vemos como as sentenzas analizan a utilización deste camiño de ampliación en procedementos sancionadores, sen cuestionar a súa invocación para cos deste carácter (por exemplo, SSTS do 10 de xullo de 2008 ou 4 de marzo 2009 ou do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 1 de marzo de 2016, considerando esta última como afectados os que o eran da conduta infractora).

Unha vez solucionado ese punto, o Tribunal Supremo na Sentenza do 20 de abril de 2011 (que, pola súa vez, cita como precedentes moitas outras) dá importantes pistas sobre como interpreta a xurisprudencia os parámetros que lexitiman este suposto de ampliación.

Por exemplo, esa sentenza, que fala dunha doutrina consolidada, parece rebaixar a “excepcionalidade” mencionada no artigo 23 ou, cando menos, usa a gradación menor dese termo cando recolle

que “a solución da ampliación do prazo non pode concibirse como unha posibilidade extrema en supostos absolutamente excepcionais, senón como unha posibilidade admisible cando a Administración non atope outra forma razoable para o cumprimento do prazo e o xustifique axeitadamente”.

Para o Alto Tribunal “basta unha xustificación clara e real da dificultade para resolver no prazo ordinario para que sexa admisible a súa ampliación”. Con isto parece relativizar a esixencia previa de non poder dispoñer de máis medios, aínda que cremos, en todo caso, que é conveniente facer mención a este punto na motivación do acordo de ampliación. De feito, nesa Sentenza do Tribunal Supremo do 20 de abril de 2011, nesta cuestión parece acoller certo desprazamento na carga da proba ao desdeñar esa crítica sobre a base de que o recorrente non chega a identificar que outros medios preferentes podería empregar o organismo administrativo para cumprir co prazo, sen necesidade de ampliálo.

Tamén é de interese comprobar que razóns foron válidas para esa xurisprudencia en canto á permisibilidade cara á ampliación do prazo, pois cítanse, por exemplo, “circunstancias obxectivas do voluminoso expediente tramitado (que culmina nun acordo final de 312 páxinas)”, “o número de expedientes –cuantificándose mesmo os do ano, aos que había que sumar os de anos anteriores aínda en tramitación–”, “a necesidade de solicitar informes externos, cuxa maior ou menor rapidez de tramitación non depende directamente do órgano que ha de resolver”, “o cumprimento regular dos prazos dun xeito global respecto de todos eles, por enriba das incidencias de cada expediente en concreto, polo que a ampliación do prazo se presenta como unha resposta extraordinaria razoable para o conxunto de tales expedientes”, etc.

Unha última consideración que estimamos moi importante é non perder de vista que, cando un expediente ampliado chega aos tribunais, evidentemente, este xa vai poder ver en que se empregou finalmente a ampliación decretada. Isto é, o axuizamento xudicial da ampliación vai ser *a posteriori*, evidentemente, polo que, sen dúbida, vai influír decisivamente en valorar se aquela era realmente necesaria a

observación de que se empregou. Por exemplo, a Sentenza do Tribunal Supremo do 15 de febreiro de 2013 revogou esa ampliación, xa que con tal análise *a posteriori* percíbírase que a ampliación non era necesaria, pois ese tempo extra non dera lugar a unha actuación real da Administración que non puidese ser realizada no prazo ordinario para resolver.

#### **REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo), do 20 de abril de 2011, recurso de casación núm. 6365/2006.

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo), do 10 de xullo de 2008, recurso de casación núm. 7144/2005.

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo), do 4 de marzo de 2009, recurso de casación núm. 3943/2006.

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo), do 15 de febreiro de 2013, recurso de casación núm. 3378/2008.

#### **Artigo 24. *Silencio administrativo en procedementos iniciados por solicitude do interesado***

*1. Nos procedementos iniciados por solicitude do interesado, sen prexuízo da resolución que a Administración debe ditar na forma prevista no número 3 deste artigo, o vencemento do prazo máximo sen terse notificado resolución expresa lexítima o interesado ou interesados para entendela estimada por silencio administrativo, excepto nos supostos en que unha norma con rango de lei ou unha norma de dereito da Unión Europea ou de dereito internacional aplicable en España establezan o contrario. Cando o procedemento teña por obxecto o acceso a actividades ou o seu exercicio, a lei que dispoña o carácter desestimatorio do silencio deberá fundarse na concorrencia de razóns imperiosas de interese xeral.*

*O silencio terá efecto desestimatorio nos procedementos relativos ao exercicio do dereito de petición a que se refire o artigo 29 da Constitución, aqueles cuxa estimación tería como consecuencia que se transferisen ao*

*solicitante ou a terceiros facultades relativas ao dominio público ou ao servizo público, impliquen o exercicio de actividades que poidan danar o ambiente e nos procedementos de responsabilidade patrimonial das administracións públicas.*

*O sentido do silencio tamén será desestimatorio nos procedementos de impugnación de actos e disposicións e nos de revisión de oficio iniciados por solicitude dos interesados. Non obstante, cando o recurso de alzada se interpuxese contra a desestimación por silencio administrativo dunha solicitude polo transcurso do prazo, entenderase estimado este se, chegado o prazo de resolución, o órgano administrativo competente non ditou e notificou resolución expresa, sempre que non se refira ás materias enumeradas no parágrafo anterior deste número.*

*2. A estimación por silencio administrativo ten para todos os efectos a consideración de acto administrativo finalizador do procedemento. A desestimación por silencio administrativo ten os únicos efectos de permitir aos interesados a interposición do recurso administrativo ou contencioso-administrativo que resulte procedente.*

*3. A obriga de ditar resolución expresa a que se refire o número primeiro do artigo 21 suxeitarase ao seguinte réxime:*

- a) Nos casos de estimación por silencio administrativo, a resolución expresa posterior á produción do acto só se poderá ditar se for confirmatoria deste.*
- b) Nos casos de desestimación por silencio administrativo, a resolución expresa posterior ao vencemento do prazo será adoptada pola Administración sen vinculación ningunha ao sentido do silencio.*

*4. Os actos administrativos producidos por silencio administrativo poderanse facer valer tanto ante a Administración como ante calquera persoa física ou xurídica, pública ou privada. Estes actos producen efectos desde o vencemento do prazo máximo en que se debe ditar e notificar a resolución expresa sen que esta se expedise, e a súa existencia pode ser acreditada por calquera medio de proba admitido en dereito, incluído o certificado acreditativo do silencio producido. Este certificado será expedido de oficio polo órgano competente para resolver, no prazo de quince días desde que expire o prazo máximo para resolver o procedemento. Sen prexuízo do anterior, o interesado poderá pedilo en calquera momento e o*



*prazo indicado anteriormente computarase desde o día seguinte a aquel en que a petición tiver entrada no rexistro electrónico da Administración ou organismo competente para resolver.*

### **COMENTARIO:**

O artigo 24 regula os efectos da falta de cumprimento dos prazos para resolver e notificar nos procedementos iniciados por solicitude da persoa interesada.

O artigo 48.3 da LPACAP recolle que “a realización de actuacións administrativas fóra do tempo establecido para elas soamente implicará a anulabilidade do acto cando así o impoña a natureza do termo ou prazo”.

En definitiva, a regra xeral sería que o incumprimento dun prazo ocasione só unha irregularidade non invalidante, agás que tal efecto anulatorio veña recollido na propia norma.

Precisamente, un deses prazos a cuxo incumprimento a lei anoa efectos xurídicos é o prazo para resolver e notificar.

Lembremos entón, para situarnos, que o efecto nos procedementos de oficio, concretamente nos sancionadores ou de gravame, sería a caducidade. En cambio, nos iniciados polos interesados, o efecto sería o silencio administrativo.

Nos procedementos iniciados por solicitude do interesado, como o seu nome indica, este pídelle algo á Administración, de maneira que a falta de resolución e notificación en prazo debe causar como efecto ou ben que se entenda estimada esa petición ou ben que se entenda desestimada. É o que chamamos silencio administrativo, que pode ser positivo ou negativo, segundo teña como efecto entender estimada ou desestimada a solicitude presentada, respectivamente.

No comentario ao artigo 21 xa vimos as regras para determinar cal é ese prazo para resolver e notificar en cada procedemento en concreto, así como, segundo o apartado 21.1.b), que ese prazo comeza na data “en que a solicitude tivese entrada no rexistro electrónico da Administración ou organismo competente para a súa tramitación”,

unido a que o apartado 4 dese precepto ordena que, dentro dos dez días seguintes á recepción desa solicitude, se lle debe comunicar ao interesado non só a data de tal recepción polo competente, senón o prazo para resolver e os “efectos que poida producir o silencio administrativo”.

Volvendo ao artigo 24, este segue a estela do precedente artigo 43 da Lei 30/1992 e establece como regra xeral, outra vez, o silencio positivo, isto é, entender estimada a solicitude exercitada pola persoa interesada no caso de que esta non se resolva e notifique en prazo.

Agora ben, esa regra xeral ten excepcións onde ese silencio se torna en negativo, en desestimatorio. Esas excepcións podemos dividilas entre as que son recollidas na propia LPACAP, neste artigo 24, e as que poden vir implantadas fóra dela, noutras normas.

Verbo da implantación das excepcións ao silencio positivo fóra da LPACAP, este artigo 24 recolle condicionantes moi importantes para que poidan ser establecidas. Así, en primeiro lugar, para que estas normas distintas á Lei 39/2015 poidan implantar un silencio negativo, é necesario que sexan de rango legal. Tamén cabe que sexa unha norma de dereito da Unión Europea ou de dereito internacional.

A referencia que o establecemento do silencio negativo necesita do rango legal xa fóra introducido na Lei 30/1992, coa importante reforma sufrida por esta coa Lei 4/1999.

Dado que esa reforma de 1999 elevou o rango das normas de implantación dos silencios negativos, moitos entes territoriais optaron nese momento por ditar leis que contivesen unha listaxe de procedementos con este silencio negativo. No caso de Galicia, foi a Lei 6/2001, do 29 de xuño, de adecuación da normativa da Comunidade Autónoma de Galicia á Lei 4/1999, do 13 de xaneiro, de modificación da Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común. Concretamente esta listaxe está no seu anexo II.

Na mención á esixencia a normas con rango de lei para os silencios negativos existe un matiz que paga a pena destacar deste artigo 24 fronte ao que recollía a Lei 30/1992.

A Lei 30/1992 tivo que ser modificada cando a transposición da chamada Directiva de servizos. Así, a Lei 25/2009, do 22 de decembro, de modificación de diversas leis para a súa adaptación á Lei sobre o libre acceso ás actividades de servizos e o seu exercicio, denominada Lei ómnibus, modificou o seu artigo 43 para establecer que non bastaba só unha norma con rango de lei para que houbera silencio negativo, senón que era necesario, a maiores, que esa lei se basease en “razóns imperiosas de interese xeral”. Polo tanto, unha lei sería inconstitucional por contradicir esa normativa básica do procedemento se, malia ser de rango legal, non se podía apoiar na concorrencia dunha razón imperiosa de interese xeral para defender a implantación, nese caso, dun silencio negativo.

O Tribunal Supremo na súa Sentenza do 24 de outubro de 2014 xa advertía que non era un cambio menor senón que implicaba que “non basta xa coa simple norma con rango de lei, senón que a dita norma estea baseada en razóns imperiosas de interese xeral”.

Pois ben, a Lei 39/2015 afina moito máis esa esixencia e só obriga á concorrencia desas razóns imperiosas de interese xeral para cando o “procedemento teña por obxecto o acceso a actividades ou ao seu exercicio”. En definitiva, limita esa esixencia só ao eido da directiva de servizos, a ese acceso e exercicio de actividades económicas. No resto das dimensións, abonda agora cunha norma con rango de lei.

Para atopar a plasmación normativa sobre cales son esas “razóns imperiosas de interese xeral”, que é un concepto referenciado na xurisprudencia europea, debemos acudir á chamada Lei paraugas, a Lei 17/2009, do 23 de novembro, sobre o libre acceso ás actividades de servizos e o seu exercicio e, cun criterio aínda máis restritivo, á Lei 20/2013, do 9 de decembro, de garantía da unidade de mercado.

Unha vez analizadas as condicións para poder establecer excepcións ao silencio positivo fóra da LPACAP, debemos atender ás que recolle o propio artigo 24.

Repítese esta lei o que xa dicía a de 1992 sobre que haberá silencio negativo nos procedementos relativos ao exercicio do dereito de petición a que se refire o artigo 29 da Constitución, aqueles cuxa estimación tería como consecuencia que se transferisen ao solicitante ou a terceiros facultades relativas ao dominio público ou ao servizo público, e nos procedementos de impugnación de actos e disposicións

Tampouco é novidade real que se mencione tal silencio negativo nos procedementos de responsabilidade patrimonial das administracións públicas e nos de impugnación de revisión de oficio iniciados por solicitude dos interesados, pois aínda que na Lei 30/1992 non o recollía no artigo 43, tal efecto desestimatorio estaba nos preceptos que falaban deses procedementos.

Si que é unha novidade desta nova norma xeral do procedemento administrativo a cita do silencio negativo para os procedementos que “impliquen o exercicio de actividades que poidan danar o ambiente”, expresión formulada cunha literalidade pouco definida, o que abocará a debates interpretativos ao respecto.

Tampouco se aparta o lexislador de 2015 do seu precedente cando recolle o chamado dobre silencio. Isto é, cando o recurso de alzada se interpuxese contra a desestimación por silencio administrativo dunha solicitude polo transcurso do prazo, entenderase estimado este se, chegado o prazo de resolución, o órgano administrativo competente non ditou e notificou resolución expresa, polo efecto do dobre silencio. Se se nos permite certa coloquialidade, o dobre silencio opera así: silencio negativo na instancia unido a silencio negativo no recurso de alzada dá lugar a un silencio positivo en global.

Agora ben, introduce un matiz a ese castigo do dobre silencio, pois este non dará lugar a unha estimación presunta cando tal duplicidade de ausencia de resolución en prazo “se refira ás materias enumeradas no parágrafo anterior deste número”. Isto é, non opera o dobre silencio en dereito de petición, transferencia de facultades relativas ao dominio público ou ao servizo público, ou procedementos que impliquen o exercicio de actividades que poidan danar o ambiente. En realidade, este matiz xa estaba na xurisprudencia (por

todas, Sentenza do Tribunal Supremo do 8 de xaneiro de 2013 e Sentenza do TSXG do 5 de xuño 2008), polo que o lexislador só procedeu á súa plasmación.

Neste sentido, o feito de incluír dentro do listado de silencios negativos *ex lege* do artigo 24 ao procedemento de responsabilidade patrimonial (e aos procedementos que “impliquen o exercicio de actividades que poidan danar o ambiente”), implica que lles é invocable esa referencia de inaplicabilidade do dobre silencio, aínda que este, nos procedementos de responsabilidade patrimonial, ten unha operatividade potencial xa rebaixada porque a súa resolución soe xa esgotar a vía administrativa.

A maiores do anterior, hai que atender a que xurisprudencia introduciu modulacións a esa regra tan expansiva cara ao silencio positivo.

Por exemplo, de sempre existe o debate de se cabe obter a petición por silencio positivo (fóra dos supostos do artigo 24.1) nas solicitudes para as que non se ten dereito, se cabe o silencio positivo contra *legem*. A postura xurisprudencial maioritaria é que si e que a Administración ten ao seu dispor a revisión de oficio dese acto presunto para restaurar a legalidade, de ser o caso (por todas, STS do 5 de decembro de 2014), pero seguen existindo pronunciamentos coa outra dirección (por exemplo, STS do 6 de outubro de 2003).

De interese son outras excepcións admitidas do Tribunal Supremo. Por exemplo, a Sentenza do Tribunal Supremo do 28 de febreiro de 2007 recolle que o silencio positivo “só opera no marco dalgún dos procedementos recoñecidos como tales no ordenamento xurídico”. A Sentenza do Tribunal Supremo de outubro de 2014, que considera que non hai silencio positivo, ante peticións absurdas. A Sentenza do Tribunal Supremo do 25 de xuño de 2014 rexeitou a estimación presunta ante unha petición que afectaba a organización do servizo público e a Sentenza do Tribunal Supremo do 28 de outubro de 2014 tamén o rexeitou nos procedementos nos que existen terceiros que poidan ser afectados polo acto presunto positivo.

O artigo 24 regula, así mesmo, as características xurídicas dos dous tipos de silencios unha vez producido.

No tocante ao silencio positivo, establece que ten os mesmos efectos ca unha resolución estimatoria expresa (de feito, ata se pode denunciar contra a inexecución dun silencio positivo pola vía da inactividade do artigo 29 da Lei da xurisdición contencioso-administrativa, como recolleu a STS do 20 de xuño de 2005), así como que, unha vez producido o silencio positivo, non cabe resolución expresa desestimatoria ulterior. Para a súa expulsión do mundo xurídico, debe procederse pola vía da revisión de oficio, coma xa explicamos.

En cambio, o silencio negativo (xa desde a reforma operada na Lei 30/1992 pola Lei 4/1999) non ten o carácter de acto desestimatorio como acto equiparable a unha resolución expresa, senón que é unha mera ficción, é unha posibilidade dos interesados de considerar desestimada a solicitude para os efectos da súa impugnación en vía administrativa ou xudicial, segundo corresponda.

Nese sentido, ese interesado pode utilizar esa ficción, esa desestimación presunta, e acudir á súa impugnación ou pode decidir esperar á resolución expresa, tendo en conta que esta non está en modo ningún vinculada por ese silencio negativo, polo que pode aquí haber unha resolución estimatoria extemporánea.

É moi importante destacar que hoxe é xurisprudencia consolidada a que considera que se hai unha desestimación presunta, e dado que non estamos perante unha acto presunto como tal, non corren os prazos para a súa impugnación (por todas, STC 52/2014). De feito, ese criterio xa ten plasmación no referido ao recurso de alzada no artigo 122 da LPACAP.

Finalmente, o artigo 24, no seu derradeiro apartado, describe que os actos administrativos producidos por silencio administrativo se poderán facer valer tanto ante a Administración como ante calquera persoa física ou xurídica, pública ou privada.

De todas as formas, a ninguén se lle escapa que un dos grandes problemas para os que pretenden usar e invocar o silencio (sobre todo, fronte ao que non é o órgano causante deste) é a proba da súa existencia, pois probar un feito negativo, a ausencia de resolución en prazo, é moi problemático.

O artigo 24 dispón que pode ser acreditada por calquera medio de proba admitido en dereito, incluído o certificado acreditativo do silencio producido. A novidade é que ese certificado, xunto a que pode ser solicitado, segundo esta Lei 39/2015 debe ser expedido de oficio polo órgano competente para resolver, no prazo de quince días desde que expire o prazo máximo para resolver o procedemento.

#### **REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo), do 8 de xaneiro de 2013, recurso de casación núm. 3558/2010.

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo), do 24 de outubro de 2014, recurso de casación para a unificación de doutrina núm. 2124/2013.

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo), do 5 de decembro de 2014, recurso de casación núm. 3738/2012.

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo), do 6 de outubro de 2003, recurso de casación núm. 1936/2000.

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo), do 28 de febreiro de 2007, recurso de casación núm. 302/2004.

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo), do 14 de outubro de 2014, recurso de casación núm. 2007/2012.

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo), do 25 de xuño de 2014, recurso de casación núm. 3111/2012.

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo), do 28 de outubro de 2014, recurso de casación núm. 4766/2011.

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo), do 20 de xuño de 2005.

Sentenza do Tribunal Constitucional (Pleno) 52/2014, do 10 abril, cuestión de inconstitucionalidade núm. 2918/2005.

### **Artigo 25. Falta de resolución expresa en procedementos iniciados de oficio**

1. Nos procedementos iniciados de oficio, o vencemento do prazo máximo establecido sen que se ditase e notificase resolución expresa non exime a Administración do cumprimento da obriga legal de resolver, e producirá os seguintes efectos:

a) No caso de procedementos de que poida derivar o recoñecemento ou, se for o caso, a constitución de dereitos ou outras situacións xurídicas favorables, os interesados que comparecesen poderán entender desestimadas as súas pretensións por silencio administrativo.

b) Nos procedementos en que a Administración exerza potestades sancionadoras ou, en xeral, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables ou de gravame, producirase a caducidade. Nestes casos, a resolución que declare a caducidade ordenará o arquivamento das actuacións, cos efectos previstos no artigo 95.

2. Nos supostos en que o procedemento se paralizase por causa imputable ao interesado, interromperase o cómputo do prazo para resolver e notificar a resolución.

#### **COMENTARIO:**

Así como o artigo 24 analiza os efectos da falta de resolver e notificar en prazo nos procedementos iniciados por solicitude do interesado, o artigo 25 refire os efectos da falta de resolución expresa nos procedementos iniciados de oficio.

Este artigo 25 o primeiro que nos traslada é que o vencemento do prazo máximo establecido sen que se ditase e notificase resolución expresa non exime a Administración do cumprimento da obriga legal de resolver, principio de actuación xa recollido no artigo 21 tanto no seu título como na súa primeira frase.



A seguinte frase, a da letra a), recolle a regra xeral do silencio negativo no caso de procedementos dos que poida derivar o recoñecemento ou, se for o caso, a constitución de dereitos ou outras situacións xurídicas favorables, pois dispónse que aí os interesados que comparecesen poderán entender desestimadas as súas pretensións por silencio administrativo. Silencio negativo, polo tanto.

De maior interese é o mandato recollido na letra b), pois menciona o suposto cuantitativa e cualitativamente máis importante de procedementos de oficio, como son os sancionadores, aos que hai que engadir os de intervención ou, en xeral, calquera susceptible de producir efectos desfavorables ou de gravame. O efecto de non resolver e notificar en prazo será a caducidade.

É, polo tanto, necesario abordar a análise desa institución da caducidade, e é oportuno, ademais, recompilar algunhas cuestións referidas nos comentarios dos artigos precedentes.

En primeiro lugar, debe lembrarse que o prazo de caducidade, o prazo para resolver e notificar os procedementos sancionadores será o que se recolla na súa normativa sectorial, segundo dispón o artigo 21. Sabemos que esa normativa debe ser de rango legal para implantar un prazo superior a seis meses e que basta o rango regulamentario para dispoñer de ata seis meses. En defecto de tal normativa, rexe o prazo recollido en tal artigo 21 de tres meses.

Coa Lei 30/1992 coexistiu un real decreto horizontal para os sancionadores –agás para os disciplinarios– que rexía en defecto de normativa específica. Era o Real decreto 1398/1993, do 4 de agosto, polo que se aproba o Regulamento do procedemento para o exercicio da potestade sancionadora, que contiña un artigo 20.6 que elevaba, con carácter subsidiario e en defecto de normativa sectorial, ata os seis meses o prazo de resolución de todos os sancionadores (agás disciplinarios, que xa contiñan normativa con polo menos tal prazo). Coa entrada en vigor da Lei 39/2015, disposición derogatoria única, derrógase expresamente tal Real decreto 1398/1993 e con isto o efecto horizontal de elevar, con carácter xeral, ata os seis meses o prazo de caducidade dos sancionadores.

Coa entrada en vigor da Lei 39/2015, o 2 de outubro de 2016, haberá entón que ter moi en conta as transitorias, con especial incidencia onde non hai normativa sectorial que recolla o prazo para resolver, para saber se ao procedemento sancionador en cuestión se lle aplica o prazo da Lei 30/1992 en relación co Real decreto 1398/1993 (seis meses), ou o da Lei 39/2015 (tres meses). A disposición transitoria terceira recolle que “aos procedementos xa iniciados antes da entrada en vigor da lei non lles será de aplicación esta e rexeranse pola normativa anterior”.

A maiores está a problemática dos procedementos simplificados sancionadores, antes previstos no Real decreto 1398/1993 e agora recollidos no artigo 96 da lei. O debate é se a utilización deste é unha obriga para a Administración, o que implicaría aplicarlle o prazo de 30 días previsto para aquel como prazo de caducidade.

Xa coa dicción do artigo 24 do Real decreto 1398/1993 había xurisprudencia diverxente ao respecto. Por exemplo, a Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza Madrid do 17 de maio de 2000 consideraba esta tramitación como unha obriga e ese prazo como de caducidade e, en sentido contrario, estaría a Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza da Rioxa, do 16 de setembro de 1996, por non recollese ese efecto de caducidade expresamente na norma.

O novo artigo 96 non aclara todas esas dúbidas, pero o feito de que agora se utilice o termo de que a Administración “poderá adoptar a tramitación simplificada”, fronte á mención do artigo 23 do Real decreto 1398/1993 de que “se tramitará” por esa vía, unido a unha nova falta de mención á caducidade, pode decantar cara á tese contraria á obrigatoriedade e aplicación dos trinta días como prazo de caducidade se non se acolle esta vía simplificada.

O que hoxe está pacificado, e a dicción do artigo 21.3.b) ratíficao, é que o cómputo deste prazo de caducidade comeza co acordo de incoación, non coa súa notificación (por todas, sentenzas do Tribunal Supremo do 01-12-2009 ou 22-06-2010). De feito, a Sentenza do Tribunal Constitucional 166/2014 considerou inconstitucional, por contravir esta normativa básica, un precepto autonómico que pretendía partir da notificación do acordo de incoación. Tamén está

pacificado, agás normativa sectorial con outra mención, que o prazo non se retrotrae a antes dese acordo de incoación, que non comeza coas dilixencias previas a este (por todas, STS 13-10-2011, que revoga unha doutrina en contra do TSX de Galicia).

Xa está mencionado noutros comentarios de artigos desta lei que dentro do prazo para resolver hai que resolver e notificar, aínda que máis concretamente hai que resolver e facer o “intento de notificación debidamente acreditado”, mencionado no artigo 40.4, coa interpretación que a tal mención se fixo nas sentenzas do Tribunal Supremo do 17-11-2003 e 03-12-2013.

Analicemos entón agora que sucede se a Administración non resolve e notifica –mellor dito, non resolve e non fai o intento de notificación debidamente acreditado– dentro do prazo en relación con estes procedementos iniciados de oficio que nos ocupan.

O efecto está recollido expresamente no artigo 25:

- No caso de procedementos dos que poida derivar o recoñecemento ou, se for o caso, a constitución de dereitos ou outras situacións xurídicas favorables, onde aparecería o silencio negativo de poder entender os interesados que comparecesen as súas pretensións.
- Nos procedementos sancionadores ou, en xeral, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables ou de gravame, o efecto é a caducidade.

Efectivamente, centrados outra vez nos sancionadores e, en xeral, de gravame, o efecto textual é que aparecerá a caducidade de non cumprirse ese prazo de resolver e notificar.

Este efecto non é unha novidade e xa estaba na Lei 30/1992, tanto na súa redacción orixinal como tras a reforma que operou nesta a Lei 4/1999.

Neste sentido, causou sorpresa a Sentenza do Tribunal Supremo do 24 de abril de 1999, ditada nun recurso de casación de interese de lei, que rexeitou tal efecto invalidante, que rexeitou a caducidade para estes supostos a pesar das mencións na lei do procedemento administrativo. Simplemente cómpre apuntar que tal criterio foi logo

abandonado polo Alto Tribunal, por exemplo, expresamente na súa Sentenza do 27 de febreiro de 2006.

Producida a caducidade, debe emitirse unha resolución que así o declare, como menciona o artigo 21.1, e que ordene o arquivo das actuacións, como se recolle neste que agora nos ocupa.

Agora ben, esta caducidade non impide que se reabra un novo procedemento sancionador, como recolle o artigo 95.3, ao que nos remitimos para súa explicación do que cabe conservar do caducado. A mención expresa aí recollida non deixa lugar a dúbidas sobre que cabe esta posibilidade, o cal xa fora resolto polo Tribunal Supremo na súa Sentenza do 12-06-2003, que admite esa posibilidade de reinicio.

Evidentemente, esta reapertura non é en todos os casos senón só alí onde no momento de emitirse o segundo acordo de incoación, o da reapertura, non estea prescrita a infracción, sen computar como interrupción o expediente caducado, loxicamente (STS 16-02-2012).

Verbo da mención do apartado 2 do artigo 25, vemos que aquí se acolle un suposto de paralización do prazo para resolver e, polo tanto, que hai que descontar no seu cómputo para os efectos de determinar se estamos ou non ante a operatividade da caducidade. Este apartado está comentado na análise do artigo 22, artigo referido á suspensión do prazo para resolver, ao que nos remitimos.

#### **REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza Madrid (Sala do Contencioso-Administrativo), do 17 de maio de 2000, recurso contencioso-administrativo núm. 2763/1995.

Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza da Ríoxa (Sala do Contencioso-Administrativo), do 16 de setembro de 1996, recurso contencioso-administrativo núm. 632/1995.

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo), do 1 de decembro de 2009, recurso de casación núm. 1099/2008.

- Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo), do 22 de xuño de 2010, recurso de casación núm. 3470/2007.
- Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo), do 13 de outubro de 2011, recurso de casación núm. 3987/2008.
- Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo), do 17 de novembro de 2003, recurso de casación en interese de lei núm. 128/2002.
- Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo), do 3 de decembro de 2013, recurso de casación en interese de lei núm. 557/2011.
- Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo), do 24 de abril de 1999, recurso de casación núm. 5480/1998.
- Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo), do 27 de febreiro xullo de 2006, procedemento ordinario núm. 84/2004.
- Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo), do 12 de xuño de 2003, recurso de casación en interese da lei núm. 18/2002.
- Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo), do 16 de febreiro de 2012, recurso de casación núm. 1810/2009.
- Sentenza do Tribunal Constitucional (Pleno) 166/2014, do 22 de outubro, cuestión de inconstitucionalidade núm. 7929-2009

## **Artigo 26. Emisión de documentos polas administracións públicas**

*1. Enténdese por documentos públicos administrativos os validamente emitidos polos órganos das administracións públicas. As administracións públicas emitirán os documentos administrativos por escrito, a través de medios electrónicos, a menos que a súa natureza esixa outra forma máis adecuada de expresión e constancia.*

2. Para seren considerados válidos, os documentos electrónicos administrativos deberán:

- a) Conter información de calquera natureza arquivada nun soporte electrónico segundo un formato determinado susceptible de identificación e tratamento diferenciado.
- b) Dispor dos datos de identificación que permitan a súa individualización, sen prexuízo da súa posible incorporación a un expediente electrónico.
- c) Incorporar unha referencia temporal do momento en que foron emitidos.
- d) Incorporar os metadatos mínimos esixidos.
- e) Incorporar as sinaturas electrónicas que correspondan de acordo co previsto na normativa aplicable.

Consideraranse válidos os documentos electrónicos que, cumprindo estes requisitos, sexan trasladados a un terceiro a través de medios electrónicos.

3. Non requirirán de sinatura electrónica os documentos electrónicos emitidos polas administracións públicas que se publiquen con carácter meramente informativo, así como aqueles que non formen parte dun expediente administrativo. En todo caso, será necesario identificar a orixe destes documentos.

#### **COMENTARIO:**

Conforme se afirma na exposición de motivos da LPAC e na memoria da análise de impacto normativo do anteproxecto da lei, “é sabido que dentro dos principais obxectivos que persegue esta reforma se atopa o de mellorar a eficiencia administrativa cunha Administración totalmente electrónica, con cero papel, e interconectada”.

Neste esquema, podemos indicar que a aposta normativa é clara: converter as relacións coa Administración nunha relación de base electrónica, aínda que co recoñecemento do dereito dos cidadáns a relacionárense coa Administración por outra vía, a convencional, e

asumindo a obriga de transformar en electrónicos os documentos de todo tipo que presenten os cidadáns.

Este obxectivo trasládase ao apartado segundo do artigo que analizamos. Non obstante, antes de centrarnos na análise xurídica da validez dos documentos electrónicos, debemos empezar incidindo nos requisitos clásicos e tradicionais para que os documentos administrativos sexan considerados válidos, e neste eido podemos afirmar que os cambios introducidos pola Lei 39/2015, do 1 de outubro, non son substanciais.

É indubidable que a imparable extensión das novas tecnoloxías na sociedade actual ten que ter a súa proxección nas administracións públicas. O pasado 2 de outubro de 2015, o Consello de Ministros aprobou o Plan de transformación dixital da Administración xeral do Estado e dos seus organismos públicos (Estratexia TIC 2015-2020).

A actividade administrativa distínguese polo seu carácter documental; é dicir, por reflectirse en documentos que constitúen o testemuño da mencionada actividade. Os documentos administrativos son o soporte no que se materializan os distintos actos da Administración pública, a forma externa destes actos.

Son dúas as funcións primordiais que cumpren os documentos administrativos:

a. Función de constancia: o documento asegura a pervivencia das actuacións administrativas ao constituírse no seu soporte material. Garántese así a conservación dos actos e a posibilidade de demostrar a súa existencia, os seus efectos e os seus posibles erros ou vicios, así como o dereito dos cidadáns a accederen a eles.

b. Función de comunicación: os documentos administrativos serven como medio de comunicación dos actos da Administración. Esta comunicación é tanto interna –entre as unidades que compoñen a organización administrativa– coma externa –da Administración cos cidadáns e con outras organizacións–.

Pódense apreciar unha serie de características que determinan que un documento poida ser cualificado como documento administrativo válido.

Un documento é válido cando a súa emisión cumpre cunha serie de requisitos que pasamos a expoñer de maneira sucinta, para logo centrarnos na novidade fundamental da LPAC, que se sitúa nos requisitos dos documentos administrativos electrónicos.

En primeiro lugar, debemos incidir en que non cabe cualificar de documentos administrativos aqueles que non estean destinados á produción de algún efecto, como son os resumos, extractos ou notas. Os documentos administrativos sempre producen efectos fronte a terceiros ou na propia organización administrativa.

Do mesmo xeito, os documentos administrativos son emitidos por un órgano administrativo que integra a organización dunha Administración pública.

En terceiro lugar, a súa emisión é válida cando esta cumpre cunha serie de requisitos formais e substantivos, esixidos polas normas que regulan a actividade material administrativa de que se trate.

Os documentos administrativos de utilización máis común na tramitación de calquera procedemento administrativo poden incluírse dentro dalgunha das tres fases de tramitación de que consta todo procedemento.

A clasificación doutrinal máis estendida dos tipos de documentos administrativos é a seguinte:

1. Acordo de iniciación do procedemento: é o documento polo que se inicia un procedemento administrativo de oficio; por exemplo, o acordo de iniciación dun procedemento sancionador. Os procedementos iníciáanse de oficio cando por propia iniciativa o órgano competente o considera oportuno, como consecuencia de orde superior, por petición razoada doutros órganos ou por denuncia. O documento debe ser notificado aos posibles interesados.

2. Requirimento de emenda de defectos na solicitude: é o documento a través do cal se lle comunica ao interesado nun procedemento que a solicitude por el presentada non reúne todos os requisitos ou non acompaña todos os documentos que se esixen na normativa correspondente, polo que se notifica esta incidencia para os efectos de que emende tal deficiencia nun prazo determinado (10-15 días).



No caso de que non o faga, considérase que desiste e o procedemento arquivarase, co que remata a súa tramitación.

3. *Petición de mellora voluntaria da solicitude*: este documento pode ser utilizado naqueles procedementos iniciados a solicitude do interesado, e no que o órgano competente aprecia que a solicitude recibida pode ser modificada ou mellorada voluntariamente polo interesado por consideralo conveniente para o desenvolvemento do procedemento. Por exemplo, un procedemento de concesión dunha subvención iniciado por un interesado que solicita uns importes menores aos que se lles conceden na norma reguladora dese procedemento, polo que cabería modificar ou mellorar esa solicitude.

4. *Acordo de adopción de medidas provisionais*: estes acordos adóptanse naqueles procedementos administrativos nos que, de existiren elementos de xuízo suficientes, se queren asegurar os efectos da resolución que no seu día se dite, e para iso o órgano administrativo competente acorda as oportunas medidas provisionais que estarán vixentes durante o tempo que dure o procedemento.

5. *Acordo de acumulación de procedementos*: a acumulación de procedementos dáse naqueles supostos en que, tanto se foron iniciados de oficio como a solicitude do interesado, se detecta que poden acumularse ou unirse para que a súa tramitación se leve a cabo conxuntamente por teren elementos comúns.

6. *Acordo de práctica simultánea de tramites*: é o documento a través do cal se lles notifica ás persoas interesadas nun procedemento que se van levar a cabo varios trámites do procedemento nun mesmo acto ao teren entre eles unha natureza similar.

Logo da análise dos requisitos da tipoloxía dos documentos administrativos, cómpre facer mención ás condicións de validez que se especifican no artigo 26.2 da LPAC para os documentos electrónicos administrativos.

A Lei 11/2007, do 22 de xuño, de acceso electrónico dos cidadáns aos servizos (en diante, LAE), derogada coa LPAC, apartado b) da disposición derogatoria única, supuxo un fito moi importante ao efectuar unha definición do que se entendía por “documento electrónico”.

Antes da LAE, a referencia á que debía atenderse para definir un documento administrativo era acudir ás regras xerais do Código civil en relación co documento e cualificalo por razón da persoa que interviña na súa confección, que debía ser unha autoridade administrativa. Certo é que o esquema xurídico da LAE non difire, no substancial, destas regras comúns, aínda que se adapta á nova regulación e ás características da Administración electrónica no ámbito da xestión administrativa.

Deste xeito, o artigo 29 da LAE indicaba que as administracións públicas podían emitir validamente os documentos aos que se refería o anterior artigo 46 da LRXPAC por medios electrónicos. Esta referencia permitíanos indicar que a habilitación que se contiña no artigo 29 da LAE afectaba ou incluía tanto os documentos iniciais como as copias deste e a validez duns e doutros. A LAE contiña unha delimitación expresa do concepto de documento electrónico que se insire no ámbito da normativa común sobre a base de indicar que se trata dun documento público que se caracteriza pola existencia dunha sinatura electrónica incorporada a este. A característica xeral para que produzan efectos é que se considerarán documentos administrativos electrónicos sempre que incorporen unha ou varias sinaturas electrónicas na forma que estas eran reguladas na propia LAE, e agora na Lei 39/2015, do 1 de outubro.

No ámbito da Administración autonómica galega, o Goberno galego, a través da Axencia para a Modernización Tecnolóxica de Galicia (en diante, Amtega) está a desenvolver desde mediados de 2010 un plan ambicioso de modernización da Administración pública, que está impulsando cambios tanto a nivel interno coma de cara á poboación, para lle garantir o seu dereito a relacionarse electronicamente coa Administración.

Deste xeito, o Plan de modernización desenvolvido pola Xunta de Galicia baséase na posta en marcha dunha serie de proxectos destinados a potenciar o desenvolvemento dos servizos de Administración electrónica na propia Xunta de Galicia e a mellora e modernización dos servizos que ofrece esta de cara á cidadanía. Esta materia, e polo que afecta aos requisitos dos documentos administrativos

electrónicos que analizamos, foi desenvolvida polo vixente Decreto 198/2010, do 2 de decembro, polo que se regula o desenvolvemento da Administración electrónica na Xunta de Galicia e nas entidades dela dependentes, un regulamento que se ve afectado pola nova regulación da LPAC, que seguramente se deberá adaptar á lexislación básica.

En concreto, o capítulo VII do decreto autonómico regula o documento electrónico, as copias electrónicas, a compulsa e a dixitalización electrónica de documentos e o arquivo da documentación electrónica, atendendo ás súas características, forma de obtención, arquivo e validez destes. O contido deste desenvolvemento regulamentario autonómico adáptase aos requisitos de validez previstos na LPAC que imos analizar a continuación.

Así, o artigo 26.2 da LPAC indica que, para ser considerados válidos, os documentos electrónicos administrativos deberán:

- a) Conter información de calquera natureza arquivada nun soporte electrónico segundo un formato determinado susceptible de identificación e tratamento diferenciado.
- b) Dispoñer dos datos de identificación que permitan a súa individualización, sen prexuízo da súa posible incorporación a un expediente electrónico.
- c) Incorporar unha referencia temporal do momento en que foron emitidos.
- d) Incorporar os metadatos mínimos esixidos.
- e) Incorporar as sinaturas electrónicas que correspondan de acordo co previsto na normativa aplicable.

Consideraranse válidos os documentos electrónicos que, cumprindo estes requisitos, sexan trasladados a un terceiro a través de medios electrónicos.

Este apartado do artigo que analizamos eleva a rango legal a previsión que se contiña no artigo 41 do Real decreto 1671/2009, que desenvolveu o contido e o alcance do documento electrónico configurando o que poderíamos denominar un contido do documento e

uns requisitos para a súa consideración como documento electrónico. Realmente, a opción por considerar que os anteriores son requisitos de “validez” é probablemente algo confuso, xa que o documento que aquí se analiza é o documento electrónico administrativo, logo hai que entender que a información só pode ser administrativa –isto é, referida ás relacións xurídicas administrativas– e, así mesmo, as condicións de arquivo non son senón unha esixencia posterior á propia creación real do documento electrónico.

Os requisitos dos documentos administrativos electrónicos podémolos resumir, en esencia, en dous bloques:

- a. Deben ser expedidos e asinados electronicamente mediante os sistemas de sinatura electrónica previstos na normativa aplicable.
- b. Deben axustarse aos requisitos de validez dos actos administrativos previstos con carácter xeral na LPAC.

Con independencia do indicado, o artigo 26.2, obxecto de análise, determina que os documentos electrónicos deben ter unha referencia de tempo. Esta referencia de tempo determínase no Esquema nacional de interoperabilidade e ten dúas categorías:

- a. Marca de tempo: enténdese por tal a asignación por medios electrónicos da data e, se é o caso, da hora a un documento electrónico.
- b. Selo de tempo: enténdese por tal a asignación por medios electrónicos dunha data e hora a un documento electrónico coa intervención dun prestador de servizos de certificación que asegure a exactitude e a integridade da marca de tempo do documento.

Para asegurar a conservación dos documentos electrónicos aplicarase o previsto no Esquema nacional de seguridade en canto ao cumprimento dos principios básicos e dos requisitos mínimos de seguridade, mediante a aplicación das medidas de seguridade adecuadas aos medios e aos soportes nos que se almacenen os documentos, de acordo coa categorización dos sistemas.

Cando os citados documentos electrónicos conteñan datos de carácter persoal seralles de aplicación o disposto na Lei orgánica 15/1999, do 13 de decembro, e a normativa de desenvolvemento.

Estas medidas de seguridade aplicaranse co fin de garantir a integridade, autenticidade, confidencialidade, dispoñibilidade, rastrexabilidade, calidade, protección, recuperación e conservación física e lóxica dos documentos electrónicos, os seus soportes e medios, e realizaranse atendendo aos riscos aos que poidan estar expostos e aos prazos durante os cales deban conservarse os documentos.

Os equipos informáticos do persoal da Administración autonómica (TIC) contan con medidas como antivirus para garantir a seguridade dos equipos e da información que conteñen. Ademais, cada persoa usuaria debe seguir unha serie de recomendacións básicas para evitar infeccións, como ser prudente ao compartir recursos a través da rede, verificar cada nova mensaxe de correo antes de abri-la, non descargar programas de lugares non seguros, realizar periodicamente copias de seguridade, utilizar software legal, abrir os documentos de Office sen macros, bloquear o seu equipo cando se ausente do posto de traballo e facer escaneos periódicos co antivirus.

Os aspectos relativos á sinatura electrónica na conservación do documento electrónico estableceranse na política de sinatura electrónica e de certificados e a través do uso de formatos de sinatura lonxeva que preserven a conservación das sinaturas ao longo do tempo. A sinatura electrónica permite así identificar unha persoa para que nas súas actuacións a través da rede poida constatar-se a súa vontade, de forma que o vincule xuridicamente, como ocorre coa sinatura tradicional. É unha das funcionalidades do certificado electrónico, que serve tanto para realizar a sinatura electrónica de documentos coma para cifrar documentos e levar a cabo transaccións privadas seguras. En definitiva, autentica a identidade do que envía unha mensaxe a través de Internet e asegura que o seu contido orixinal non sexa alterado.

Cando a sinatura e os certificados non poidan garantir a autenticidade e a evidencia dos documentos electrónicos ao longo do tempo, estas sobreviviranos a través da súa conservación e custodia nos

repositorios e arquivos electrónicos, así como nos metadatos de xestión de documentos e outros metadatos vinculados, de acordo coas características que se definirán na política de xestión de documento.

O artigo 26.2 letra d), da LPAC, establece como requisito do documento electrónico o de “incorporar os metadatos mínimos esixidos”. Enténdese como metadato calquera tipo de información en forma electrónica asociada aos documentos electrónicos, de carácter instrumental e independente do seu contido, destinada ao coñecemento inmediato e automatizable dalgunha das súas características, coa finalidade de garantir a dispoñibilidade, o acceso, a conservación e a interoperabilidade do propio documento.

Os documentos electrónicos susceptibles de seren integrados nun expediente electrónico deberán ter asociados metadatos que permitan a súa contextualización no marco do órgano ou organismo, a función e o procedemento administrativo ao que corresponde.

### **Artigo 27. Validez e eficacia das copias realizadas polas administracións públicas**

*1. Cada Administración pública determinará os órganos que teñan atribuídas as competencias de expedición de copias auténticas dos documentos públicos administrativos ou privados.*

*As copias auténticas de documentos privados producen unicamente efectos administrativos. As copias auténticas realizadas por unha Administración pública terán validez nas restantes administracións.*

*Para estes efectos, a Administración xeral do Estado, as comunidades autónomas e as entidades locais poderán realizar copias auténticas mediante funcionario habilitado ou mediante actuación administrativa automatizada.*

*Deberase manter actualizado un rexistro, ou outro sistema equivalente, onde constarán os funcionarios habilitados para a expedición de copias auténticas que deberán ser plenamente interoperables e estar interconectados cos das restantes administracións públicas, para os efectos de comprobar a validez da citada habilitación. Neste rexistro ou sistema*

*equivalente constarán, ao menos, os funcionarios que presten servizos nas oficinas de asistencia en materia de rexistros.*

*2. Terán a consideración de copia auténtica dun documento público administrativo ou privado as realizadas, calquera que for o seu soporte, polos órganos competentes das administracións públicas nas que quede garantida a identidade do órgano que realizou a copia e o seu contido.*

*As copias auténticas terán a mesma validez e eficacia que os documentos orixinais.*

*3. Para garantir a identidade e o contido das copias electrónicas ou en papel e, por tanto, o seu carácter de copias auténticas, as administracións públicas deberán axustarse ao previsto no Esquema nacional de interoperabilidade, no Esquema nacional de seguridade e nas súas normas técnicas de desenvolvemento, así como ás seguintes regras:*

- a) As copias electrónicas dun documento electrónico orixinal ou dunha copia electrónica auténtica, con ou sen cambio de formato, deberán incluír os metadatos que acrediten a súa condición de copia e que se visualicen ao consultar o documento.*
- b) As copias electrónicas de documentos en soporte papel ou noutro soporte non electrónico susceptible de dixitalización requirirán que o documento sexa dixitalizado e deberán incluír os metadatos que acrediten a súa condición de copia e que se visualicen ao consultar o documento.*

*Enténdese por dixitalización o proceso tecnolóxico que permite converter un documento en soporte papel ou noutro soporte non electrónico nun ficheiro electrónico que contén a imaxe codificada, fiel e íntegra do documento.*
- c) As copias en soporte papel de documentos electrónicos requirirán que nelas figure a condición de copia e conterán un código xerado electronicamente ou outro sistema de verificación que permitirá contrastar a autenticidade da copia mediante o acceso aos arquivos electrónicos do órgano ou organismo público emisor.*
- d) As copias en soporte papel de documentos orixinais emitidos no dito soporte proporcionaranse mediante unha copia auténtica en papel do documento electrónico que se atope en poder da Adminis-*

*tración ou ben mediante unha posta de manifesto electrónica que conteña copia auténtica do documento orixinal.*

*Para estes efectos, as administracións farán públicos, a través da sede electrónica correspondente, os códigos seguros de verificación ou outro sistema de verificación utilizado.*

*4. Os interesados poderán solicitar, en calquera momento, a expedición de copias auténticas dos documentos públicos administrativos que sexan validamente emitidos polas administracións públicas. A solicitude dirixirase ao órgano que emitiu o documento orixinal e deberase expedir, salvo as excepcións derivadas da aplicación da Lei 19/2013, do 9 de decembro, no prazo de quince días contados desde a recepción da solicitude no rexistro electrónico da Administración ou organismo competente.*

*Así mesmo, as administracións públicas estarán obrigadas a expedir copias auténticas electrónicas de calquera documento en papel que presenten os interesados e que se vaia incorporar a un expediente administrativo.*

*5. Cando as administracións públicas expidan copias auténticas electrónicas, deberá quedar expresamente indicado no documento da copia.*

*6. A expedición de copias auténticas de documentos públicos notariais, rexistrals e xudiciais, así como dos diarios oficiais, rexerese pola súa lexislación específica.*

## **COMENTARIO:**

Para coñecer o réxime das hipóteses válidas de transformación de documentos en soporte papel e electrónico e o seu recoñecemento como copias auténticas, o punto de referencia principal constitúeo o artigo 30 da LAE, sen que poida esquecerse o disposto no anterior artigo 46 da Lei 30/1992 ao que se remitía a LAE en varias ocasións, e nos artigos 7 a 9 do Real decreto 772/1999, do 7 de maio, polo que se regula a presentación de solicitudes, escritos e comunicacións ante a Administración xeral do Estado (en diante, RDLAE), a expedición de copias de documentos e devolución de orixinais e o réxime das oficinas de rexistro.



Ademais, algunha referencia destacable en materia de copias recóllese no Real decreto 4/2010 e, particularmente, no RDLAE, que inclúe varios preceptos que aclaran e concretan algunhas das previsións do artigo 30 da LAE.

Pero, con carácter previo ao estudo do artigo 27 da LPAC, é obrigado facer unha aclaración relevante que pode ser de utilidade; isto é, cando se fala de copias electrónicas de documentos estémonos referindo sempre a documentos (as copias) que van estar en soporte electrónico, aínda que é certo que o seu contido, chegado o caso, poderá materializarse a través da impresión nun papel.

O principio xeral que establece este artigo 27 que analizamos é o de considerar que as copias realizadas por medios electrónicos de documentos emitidos electronicamente, ben polo propio interesado ou pola Administración e manteñan ou non o formato inicial, teñen inmediatamente e *ope legis* a consideración de copias auténticas.

Para que teñan toda a súa eficacia nos termos da LPAC deben cumprirse os seguintes requisitos:

- a. Que o documento orixinal se atope en poder da Administración.
- b. Que a información de sinatura electrónica e, se é o caso, de selado de tempo permitan comprobar a coincidencia do dito documento.

A regra xeral era a prevista no apartado 3 do artigo 43 do Real decreto 1671/2009, cando sinala que “as copias electrónicas xeradas que, por ser idénticas ao documento electrónico orixinal non comportan cambio de formato nin de contido, terán a eficacia xurídica de documento electrónico orixinal”.

Establécese así un principio clave na ordenación da actividade administrativa electrónica –o principio de equivalencia entre todos os documentos que proceden do documento matriz–, aínda que na regulación se mantén sempre a dicotomía de conceptos entre documento orixinal (ao que se asocia unha sinatura) e copias de documentos (que só permite comprobar a información sobre a sinatura incorporada).

Tal e como indicamos, a regulación permite que a copia se expida (Administración) ou se obteña (interesado) sen necesidade de modificar o formato, pero admite que a organización da información en cuestión poida esixir a modificación deste, motivo que xustifica a diferenciación que analizamos. Para a validez da copia deben cumprirse dúas regras:

Sen cambio de formato:

- a. Que o documento orixinal se atope en poder da Administración.
- b. Que a información de sinatura electrónica e, se for o caso, de selado de tempo permitan comprobar a coincidencia dos ditos documentos.

Con cambio de formato:

- a. Que o documento electrónico orixinal, que debe conservarse en todo caso, se atope en poder da Administración.
- b. Que a copia sexa obtida conforme ás normas de competencia e procedemento que en cada caso se aproben, incluídas as de obtención automatizada.
- c. Que inclúa o seu carácter de copia entre os metadatos asociados.
- d. Que sexa autorizada mediante sinatura electrónica conforme os sistemas establecidos na normativa.

En canto ao réxime de utilización das copias, con independencia do uso e da conservación que se lle queira dar á copia obtida, debe recordarse que o artigo 27 admite que se poderán xerar copias electrónicas auténticas a partir doutras copias electrónicas auténticas sempre que se observen os requisitos establecidos no dito artigo. Convén salientar que estas obrigacións administrativas se centran en que os órganos emisores dos documentos administrativos electrónicos ou receptores dos documentos privados electrónicos, ou os arquivos que reciban estes, están obrigados a conservar os documentos orixinais, aínda que se proceda ao seu copiado conforme o establecido no presente artigo.

Do mesmo xeito, o artigo 29 do Decreto 198/2010, do 2 de decembro, polo que se regula o desenvolvemento da Administración electrónica na Xunta de Galicia e nas entidades dela dependentes, regula os requisitos das copias electrónicas dos documentos electrónicos, e o contido da norma regulamentaria autonómica será conforme coa normativa básica do artigo 27.

Así, as copias realizadas por medios electrónicos de documentos electrónicos emitidos pola persoa interesada ou polas entidades incluídas no ámbito de aplicación deste decreto, que manteñan ou non o formato orixinal, terán inmediatamente a consideración de copias auténticas, sempre que se cumpran os seguintes requisitos:

- a) Que o documento electrónico orixinal se atope en poder da Xunta de Galicia ou da entidade pública dependente que obtén a copia.
- b) Que a copia sexa obtida por quen sexa competente conforme a dereito, ou de forma automatizada conforme os requisitos regulamentarios.
- c) Que a información de sinatura electrónica e, se é o caso, de selado de tempo, permitan comprobar a coincidencia co orixinal.

As copias electrónicas xeradas que, por teren idéntica sinatura electrónica ca o documento electrónico orixinal, non comportan cambio de formato nin de contido, terán a eficacia xurídica do documento electrónico orixinal. En caso de cambio do formato orixinal, a copia electrónica, para ser auténtica, deberá incluír o seu carácter de copia entre os metadatos asociados e estar autorizada mediante sinatura electrónica conforme os sistemas recollidos na propia LPAC.

Poderanse xerar copias electrónicas auténticas a partir doutras copias electrónicas auténticas, sempre que se observen os requisitos establecidos nos citados puntos anteriores.

Os órganos emisores dos documentos electrónicos ou receptores dos documentos privados electrónicos, ou os arquivos que os reciban, estarán obrigados a conservar os documentos orixinais, aínda que se procedese ao seu copiado conforme o establecido neste artigo.

No suposto de que o soporte orixinal do documento sexa papel, a compulsa electrónica deste requirirá a súa dixitalización previa, coa posterior comprobación pola autoridade ou persoal funcionario habilitado. Deste xeito, producirase unha copia auténtica electrónica do documento tramitado. Neste caso, deberanse cumprir os seguintes requisitos:

- a) Asegurar a exactitude do documento dixitalizado.
- b) Garantir a autenticidade e a integridade dos documentos mediante o proceso establecido no protocolo de dixitalización e compulsa electrónicas.

As copias auténticas electrónicas de documentos, con independencia do seu formato orixinal:

- a) Gozarán da mesma validez e efectos ca os orixinais.
- b) Indicarán a circunstancia de ser copias auténticas de documentos orixinais e, se é o caso, a súa data de caducidade.
- c) Poderán ser arquivadas electronicamente, o que incluírá en todo caso a sinatura electrónica correspondente.

As copias realizadas en soporte papel de orixinais emitidos por medios electrónicos e asinados electronicamente terán a consideración de copias auténticas sempre que inclúan a impresión dun código de verificación xerado electronicamente que permita, se é o caso, contrastar a súa autenticidade mediante o acceso aos arquivos electrónicos do órgano emisor.

Se for preciso, poderase proceder á copia en soporte papel de documentos administrativos emitidos por medios electrónicos –que terá a consideración de copia auténtica– no caso de que se inclúa un sistema de verificación que permita contrastar a súa autenticidade co acceso aos arquivos electrónicos.

#### **REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Martínez Gutiérrez, R., “Administración pública electrónica” SL. CIVITAS EDICIÓN 2009, op.cit, p. 297.

Sanz Larruga, F. J., “El expediente judicial electrónico: documentos copias y archivos”, op. cit, p. 472.

Serra Serra J., “Gestión de documentos digitales: estrategia para su conservación” Revista profesional de Información. Volumen 10, núm. 9 Septiembre de 2001.

Serra Serra, J. (2008). “El documento electrónico: aspectos jurídicos, tecnológicos y archivísticos”, Universidad Jaume I, *Co-lección de Estudios Jurídicos*, n.º 16, Castellón de la Plana, pp. 301-302.

### **Artigo 28. Documentos achegados polos interesados ao procedemento administrativo**

1. Os interesados deberán achegar ao procedemento administrativo os datos e documentos esixidos polas administracións públicas de acordo co disposto na normativa aplicable. Así mesmo, os interesados poderán achegar calquera outro documento que estimen conveniente.

2. Os interesados non estarán obrigados a achegar documentos que sexan elaborados por calquera Administración, con independencia de que a presentación dos citados documentos teña carácter preceptivo ou facultativo no procedemento de que se trate, sempre que o interesado exprese o seu consentimento para que sexan consultados ou solicitados eses documentos. Presumirase que a consulta ou obtención é autorizada polos interesados salvo que conste no procedemento a súa oposición expresa ou a lei especial aplicable requira consentimento expreso.

En ausencia de oposición do interesado, as administracións públicas deberán solicitar os documentos electronicamente a través das súas redes corporativas ou mediante consulta ás plataformas de intermediación de datos ou outros sistemas electrónicos habilitados para o efecto.

Cando se trate de informes preceptivos xa elaborados por un órgano administrativo distinto ao que tramita o procedemento, estes deberán ser remitidos no prazo de dez días contados desde a súa solicitude. Cumprido este prazo, informarase o interesado de que pode achegar este informe ou esperar á súa remisión polo órgano competente.

3. As administracións non esixirán aos interesados a presentación de documentos orixinais, salvo que, con carácter excepcional, a normativa reguladora aplicable estableza o contrario.

Así mesmo, as administracións públicas non requirirán aos interesados datos ou documentos non esixidos pola normativa reguladora aplicable ou que fosen presentados anteriormente polo interesado a calquera Administración. Para estes efectos, o interesado deberá indicar en que momento e ante que órgano administrativo presentou os citados documentos, e as administracións públicas deberanos obter electronicamente a través das súas redes corporativas ou dunha consulta ás plataformas de intermediación de datos ou outros sistemas electrónicos habilitados para o efecto. Presumirase que esta consulta é autorizada polos interesados, salvo que conste no procedemento a súa oposición expresa ou a lei especial aplicable requira consentimento expreso e, en ambos os casos, deberán ser informados previamente dos seus dereitos en materia de protección de datos de carácter persoal. Excepcionalmente, se as administracións públicas non puideren solicitar os citados documentos, poderán solicitar novamente ao interesado a súa presentación.

4. Cando con carácter excepcional, e de acordo co previsto nesta lei, a Administración solicite ao interesado a presentación dun documento orixinal e este estea en formato papel, o interesado deberá obter unha copia auténtica, segundo os requisitos establecidos no artigo 27, con carácter previo á súa presentación electrónica. A copia electrónica resultante reflectirá expresamente esta circunstancia.

5. Excepcionalmente, cando a relevancia do documento no procedemento o esixa ou existan dúbidas derivadas da calidade da copia, as administracións poderán solicitar de maneira motivada o cotexo das copias presentadas polo interesado, para o cal poderán requirir a exhibición do documento ou da información orixinal.

6. As copias que presenten os interesados ao procedemento administrativo terán eficacia exclusivamente no ámbito da actividade das administracións públicas.

7. Os interesados responsabilizaranse da veracidade dos documentos que presenten.

**COMENTARIO:**

Recordemos que, ao definir os dereitos dos cidadáns na LPAC, se mencionan os concernentes a elixir, entre aqueles que en cada momento se atopen dispoñibles, a canle a través da cal relacionarse por medios electrónicos coas administracións públicas e as aplicacións ou sistemas para relacionarse coas administracións públicas, a condición de que utilicen estándares abertos ou, se é o caso, aqueles que sexan de uso xeneralizado polos cidadáns. Dereitos que se completan coa esixencia de que todas as administracións públicas habiliten diversas canles ou medios para prestar os seus servizos por medios electrónicos. Aínda que resulta notorio que cada vez máis se tende á utilización de recursos electrónicos e que este é o horizonte que se enxerga na Lei 39/2015, aínda é inevitable que se manteña a posibilidade de elixir o soporte de xestión documental a través do cal os cidadáns canalizan as súas relacións coa Administración, tanto porque a un sector importante da poboación non lle resultaría sinxelo empregar soportes electrónicos, coma polo aínda reducido grao de modernización das organizacións administrativas.

O dereito que se recoñece neste artigo –isto é, que os interesados non están obrigados a achegar documentos que sexan elaborados por calquera Administración, con independencia de que a presentación dos citados documentos teña carácter preceptivo ou facultativo no procedemento de que se trate, sempre que o interesado exprese o seu consentimento a que sexan consultados ou solicitados estes documentos– era un dereito que xa estaba recoñecido na Lei 30/1992, do 16 de xuño (artigo 35), pero a dicción do artigo 28 implica un avance respecto da regulación anterior que ten como fin reducir as cargas administrativas aos administrados. Ademais, presumirase que a consulta ou obtención é autorizada polos interesados, salvo que conste no procedemento a súa oposición expresa ou a lei especial aplicable requira un consentimento expreso, como acontece cando implique o acceso a datos de carácter persoal ou confidencial.

Este dereito de que os interesados non están obrigados a achegar documentos que obren en poder da Administración está totalmente implantado en todos os procedementos administrativos da Xunta de

Galicia (solicitudes normalizadas e procedementos de outorgamento de subvención públicas e de contratación pública).

Ademais, dentro do eido da Administración autonómica, creouse a aplicación Reduce, cuxo obxectivo é permitirlles ás unidades de xestión de procedementos administrativos da Xunta de Galicia enviar disposicións normativas á Dirección Xeral de Avaliación e Reforma Administrativa (DXARA) e a Amtega para a súa revisión e publicación, co fin de cumprir coas prescricións legais da Administración electrónica e á simplificación administrativa en vigor, e para introducir aquela información que permita aplicar o método simplificado de cálculo de custos administrativos dos procedementos.

A Resolución do 22 de abril de 2014, da Dirección Xeral de Avaliación e Reforma Administrativa e da Axencia para a Modernización Tecnolóxica de Galicia (DOG núm. 83, do 2 de maio de 2014), aproba as guías para a habilitación electrónica de procedementos, que están encamiñadas á modernización, racionalización e simplificación dos procedementos administrativos e servizos, o que propicia a redución de trámites e cargas burocráticas e, ademais, facilita a relación entre os cidadáns e a Administración, contribúe a reducir os custos administrativos das actividades empresariais e axuda á mellora da competitividade das empresas e estimula o seu desenvolvemento, grazas á promoción da sede electrónica como canle preferente na tramitación administrativa.

Dentro das medidas de redución de cargas para os administrados, inclúese a simplificación documental, entre as que se atopan as seguintes:

- Non solicitar documentos ou datos que xa estean en poder da Administración.
- Solicitar únicamente a documentación imprescindible.
- Simplificar os formularios e unificar os formatos en todo o posible.

É relevante a previsión que se establece no derradeiro parágrafo do apartado segundo do artigo 28, xa que establece que en ausencia de oposición do interesado as administracións públicas deberán solicitar os documentos electronicamente a través das súas redes cor-



porativas ou mediante consulta ás plataformas de intermediación de datos ou outros sistemas electrónicos habilitados para o efecto.

Esta previsión legal lévase a cabo a través da interoperabilidade de acceso a datos ou informacións por medios electrónicos.

A interoperabilidade é a capacidade dos sistemas de información e dos procedementos aos que estes dan soporte de compartir datos e de posibilitar o intercambio de información e coñecemento entre eles. Resulta necesaria para a cooperación, o desenvolvemento, a integración e a prestación de servizos conxuntos polas administracións públicas; para a execución das diversas políticas públicas; para a realización de diferentes principios e dereitos; para a transferencia de tecnoloxía e a reutilización de aplicacións en beneficio dunha mellor eficiencia; para a cooperación entre diferentes aplicacións que habiliten novos servizos; e todo iso facilitando o desenvolvemento da Administración electrónica e da sociedade da información.

No ámbito das administracións públicas, a consagración do dereito dos cidadáns a comunicárense con elas a través de medios electrónicos comporta unha obrigaición correlativa destas. Esta obrigaición ten, como premisas, a promoción das condicións para que a liberdade e a igualdade sexan reais e efectivas, así como a remoción dos obstáculos que impidan ou dificulten o exercicio pleno do principio de neutralidade tecnolóxica e de adaptabilidade ao progreso das tecnoloxías da información e as comunicacións, o que garante a independencia na elección das alternativas tecnolóxicas polos cidadáns, así como a liberdade de desenvolver e implantar os avances tecnolóxicos nun ámbito de libre mercado.

A Lei 11/2007, do 22 de xuño, de acceso electrónico dos cidadáns aos servizos públicos recoñecía xa o protagonismo da interoperabilidade e refírese a ela como un dos aspectos nos que é obrigado que as previsións normativas sexan comúns e, xa que logo, debe ser abordado pola regulación do Estado. O artigo 42 do dito texto legal crea o Esquema nacional de interoperabilidade.

O Esquema nacional de interoperabilidade (ENI), regulado polo Real decreto 4/2010, do 8 de xaneiro, establece o conxunto de criterios e recomendacións que deberán ser tidos en conta polas adminis-

tracións públicas para a toma de decisións tecnolóxicas que garantan a interoperabilidade. As normas técnicas de interoperabilidade previstas na súa disposición adicional primeira desenvolven certos aspectos concretos, cuxas premisas foron trasladadas no ámbito autonómico á citada Resolución do 22 de abril de 2014 (DOG núm. 83, do 2 de maio) pola que aprobaron as guías para a habilitación electrónica de procedementos.

#### **REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Valero Torrijos, J., “La gestión y la conservación”, op. cit., pp. 30-31 e 37.

## **CAPÍTULO II**

### **Termos e prazos**

#### **Artigo 29. Obrigatoriedade de termos e prazos**

*Os termos e prazos establecidos nesta ou noutras leis obrigan as autoridades e persoal ao servizo das administracións públicas competentes para a tramitación dos asuntos, así como os interesados neles.*

#### **COMENTARIO:**

O capítulo que aquí se inicia está dentro do título II da LPACAP, referido á actividade das administracións públicas. Este capítulo II aborda entón, dentro desa regulación da actividade das administracións, o referido aos termos e prazos.

A literalidade deste precepto é igual ao seu precedente, o artigo 47 LRX-PAC. Tal dicción recolle un mandato que, en si, pola súa obviedade, non merece moito comentario, cal é que os termos e prazos son obrigatorios.

Agora ben, que sexan obrigatorios non significan que a súa inobservancia cause, en todos os casos, a invalidez das actuacións administrativas realizadas con tal extemporaneidade.

De feito, se observamos o artigo 48.3 LPACAP (igual que facía antes o artigo 63 LRX-PAC), a regra inicial é a da non invalidez por tal extemporaneidade, pois tal efecto, concretamente o da anulabilidade, só aparece cando así o impoña a norma: “A realización de actuacións administrativas fóra do tempo establecido para elas soamente implicará a anulabilidade do acto cando así o impoña a natureza do termo ou prazo”.

Non se nos escapa que non son poucos os supostos onde a lei une tal efecto anulatorio ao incumprimento dos prazos, pero é oportuno non esquecer esta configuración descrita.

Así, por exemplo, ten efecto invalidante o incumprimento para resolver e notificar nun procedemento sancionador [art. 25.1.b)], mentres que carece de tal, en si mesmo, o prazo de dez días para cursar as notificacións [art. 40.2)]. Neste último caso, estaríamos dentro da categoría administrativa chamada das irregularidades non invalidantes.

Como antes expresamos, a literalidade estrita do artigo 29 pouco achega de relevancia pero, dado que é o precepto que dá inicio ao capítulo sobre termos e prazos, é oportuno que ao seu abeiro comentemos a grandes liñas que se implantou sobre esta materia nesta Lei 39/2015.

Segundo a exposición de motivos desta lei, houbo unha reflexión, unha querenza do lexislador de tender cara á uniformidade coa regulación dos prazos no eido xudicial.

Dito dunha forma moi simplista, pero con ánimo ilustrativo, na fase xudicial, por exemplo, no contencioso-administrativo, as principais regras para os efectos que nos ocupan son: os sábados son inhábiles, agosto tamén, con carácter xeral (agás, por exemplo, para o proceso especial de dereitos fundamentais), e nos prazos por meses e anos, o día final é o correlativo ao día da notificación.

Ademais, existe o chamado coloquialmente “día de graza”. Respecto a isto último, o artigo 135.5 da Lei de axuízamento civil, de aplicación subsidiaria á xurisdición contencioso-administrativa, recolle que: “5. A presentación de escritos e documentos, calquera que fose a forma, se estiver suxeita a prazo, poderá efectuarse ata as quince horas do día hábil seguinte ao do vencemento do prazo. Nas

actuacións ante os tribunais civís, non se admitirá a presentación de escritos no xulgado que preste o servizo de garda”.

Esta prevención apareceu antes da presentación telemática dos escritos procesuais, o sistema LEXNET (sistema de transmisión telemática na Administración de xustiza), e derivou de que as oficinas xudiciais non estaban abertas polas tardes. Dado que o prazo do último día debía ser o día enteiro, para presentar polas tardes só cabía ou acudir ao xulgado de garda, o que implica unha importante carga de traballo deste no transvase de documentos, ou, nalgunhas sedes xudiciais, había unha caixa de correos que plasmaba a hora e día de presentación, que non poucas veces daba problemas.

Por iso se optou por esa ficción de entender que esa tarde do día último era a mañá do día seguinte, para os efectos da posibilidade da súa presentación nas oficinas xudiciais, criterio que se mantivo coa implantación de LEXNET.

Antes de ver entón en que medida a LPACAP se aproximou a esas regras do eido xudicial, debemos recoller, a grandes trazos, as regras que rexían ao abeiro da LRX-PAC. Nesta Lei 30/1992 os sábados eran hábiles, agosto era hábil e, nos prazos por meses e anos, o día final era o correlativo ao día da notificación, sobre todo con base nunha uniforme doutrina xurisprudencial ao respecto.

Pois ben, coa LPACAP mantense o carácter hábil de agosto, a diferenza do eido xudicial, e que nos prazos por meses e anos o día final é o correlativo ao día da notificación. A novidade é que tal regra xa se recolle con toda literalidade, concretamente no artigo 30.4, parágrafo segundo, e, como gran novidade, dispónse que os sábados serán inhábiles.

Verbo do chamado “día de graza” xudicial, xa baixo a vixencia da LRX-PAC a xurisprudencia dixerá que a regra do artigo 135.5 da Lei de axuízamento civil non era aplicable á vía administrativa (STSX da Comunidade Valenciana do 20 de abril de 2011), polo que o feito de que o lexislador do 2015 (LPACAP) non recollese nada para darlle entrada permite prever que non haberá novidades ao respecto.

Outra das novidades da regulación contida neste capítulo que inicia o artigo 29 é a referencia á posible presentación de documentos todos os días do ano durante as vinte e catro horas. Entón, a presentación nun día inhábil entenderase realizada na primeira hora do primeiro día hábil (art. 31.b), LPACAP).

Esta prevención vai ligada, como é evidente, á introdución dos rexistros electrónicos, aspecto onde a regulación ten unha entrada en vigor certamente diferida: o 2 de outubro de 2018, segundo a disposición derradeira sétima.

Outras novidades deste capítulo II sobre termos e prazos, que serán comentadas nos artigos seguintes, xunto coa declaración dos sábados como inhábiles, son a introdución do cómputo por horas e a xa comentada clarificación normativa da forma de cómputo dos prazos por meses e anos.

#### **REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza da Comunidade Valenciana (Sala do Contencioso-Administrativo), do 20 de abril de 2011, recurso contencioso-administrativo núm. 3941/2008.

### **Artigo 30. Cómputo de prazos**

*1. Salvo que por lei ou no dereito da Unión Europea se dispoña outro cómputo, cando os prazos se sinalen por horas, enténdese que estas son hábiles. Son hábiles todas as horas do día que formen parte dun día hábil.*

*Os prazos expresados por horas contaranse de hora en hora e de minuto en minuto desde a hora e o minuto en que teña lugar a notificación ou publicación do acto de que se trate e non poderán ter unha duración superior a vinte e catro horas; neste caso expresaranse en días.*

*2. Sempre que por lei ou no dereito da Unión Europea non se exprese outro cómputo, cando os prazos se sinalen por días, enténdese que estes son hábiles, excluíndose do cómputo os sábados, os domingos e os declarados festivos.*

Cando os prazos se sinalasen por días naturais por declaralo así unha lei ou polo dereito da Unión Europea, farase constar esta circunstancia nas correspondentes notificacións.

3. Os prazos expresados en días contaránse a partir do día seguinte a aquel en que teña lugar a notificación ou publicación do acto de que se trate, ou desde o seguinte a aquel en que se produza a estimación ou a desestimación por silencio administrativo.

4. Se o prazo se fixa en meses ou anos, estes computaranse a partir do día seguinte a aquel en que teña lugar a notificación ou publicación do acto de que se trate, ou desde o seguinte a aquel en que se produza a estimación ou desestimación por silencio administrativo.

O prazo concluirá o mesmo día en que se produciu a notificación, publicación ou silencio administrativo no mes ou no ano de vencemento. Se no mes de vencemento non houber día equivalente a aquel en que comeza o cómputo, entenderase que o prazo expira o último día do mes.

5. Cando o último día do prazo sexa inhábil, entenderase prorrogado ao primeiro día hábil seguinte.

6. Cando un día sexa hábil no municipio ou comunidade autónoma en que resida o interesado e inhábil na sede do órgano administrativo, ou á inversa, considerarase inhábil en todo caso.

7. A Administración xeral do Estado e as administracións das comunidades autónomas, con suxeición ao calendario laboral oficial, fixarán, no seu respectivo ámbito, o calendario de días inhábiles para efectos de cálculos de prazos. O calendario aprobado polas comunidades autónomas comprenderá os días inhábiles das entidades locais correspondentes ao seu ámbito territorial, ás cales será de aplicación.

Este calendario deberase publicar antes do comezo de cada ano no diario oficial que corresponda, así como noutros medios de difusión que garantan o seu coñecemento xeneralizado.

8. A declaración dun día como hábil ou inhábil para efectos de cálculo de prazos non determina por si soa o funcionamento dos centros de traballo das administracións públicas, a organización do tempo de traballo ou o seu réxime de xornada e horarios.

**COMENTARIO:**

A regulación substancial dos termos e prazos dentro deste capítulo II comeza realmente con este artigo, regulación que ten novidades verbo da regulación contida na Lei 30/1992, na LRX-PAC.

Unha desas novidades é a entrada cara ao establecemento de prazos por horas, aspecto xa recollido no apartado 1 do artigo 30, que vai, na súa regulación, de menos a máis; isto é, comeza coa regulación dos prazos por horas, pasa aos prazos por días e logo aborda os prazos por meses ou anos.

Diciamos que recoller, con carácter xeral, o sinalamento de prazos por días é unha novidade aínda que non absoluta. Efectivamente, é unha novidade en canto a esa admisión xeral, pero o certo é que na LRX-PAC xa había algún prazo por horas, como eran os artigos 24 e 27, referidos aos órganos colexiados. Concretamente, recollíase un prazo de 48 horas de antelación para recibir a convocatoria das reunións coa súa orde do día, e tamén 48 horas para que os membros que discrepen do acordo maioritario formulen o seu voto particular por escrito.

Sobre eses prazos por horas, a opción que escolle o lexislador do 2015 é a de entender como horas hábiles todas as horas dun día hábil.

Non se nos escapa que o establecemento desa novidade de prazos por horas vai moi ligado á creación dos rexistros electrónicos, que serán os que poidan dar ese servizo de dispoñibilidade de todas as horas que acabamos de citar para os efectos da posibilidade de presentación. Agora ben, lembremos que esa materia dos rexistros electrónicos está dentro da que, segundo a disposición derradeira sétima, ten a súa entrada en vigor diferida ata o 2 de outubro de 2018.

O apartado 1 completa a regulación do cómputo por horas cunha descrición de como se efectúa este. Recolle que estes prazos expresados por horas se contarán de hora en hora e de minuto en minuto desde a hora e o minuto en que teña lugar a notificación ou publicación do acto de que se trate.

Tamén se advirte que nos prazos que se establecen por horas estes non pode ser superiores a vinte e catro horas. Por exemplo, de querer recollese un prazo de 48 horas, como facían os artigos mencionados da LRX-PAC, habería que plasmar un prazo de 2 días. Queda a dúbida de cando se queira implantar un prazo por horas de máis de 24 horas, pero non coincidente cos días, por exemplo, 36 horas.

O apartado 2 introduce o prazo por días. Igual que se facía na LRX-PAC, recolle que, cando o prazo é por días, se entende que é por días hábiles e que, de non ser así, o cómputo por días naturais debe estar referenciado nunha lei ou no dereito da Unión Europea. Outra mención repetida, e especialmente útil cara aos dereitos das persoas interesadas, é que, de ser o prazo por días naturais, hai que deixar constancia dese cómputo nas correspondentes notificacións.

O que si é unha novidade é a de entender como inhábiles os sábados, algo non acollido baixo a vixencia da Lei 30/1992. Efectivamente, coa LPACAP son inhábiles sábados, domingos e festivos.

Coa declaración xeral de inhabilidade dos sábados, achégase o cómputo administrativo ao xudicial, o cal, como vimos, era un dos obxectivos marcados polo lexislador na exposición de motivos cara a esta regulación dos termos e prazos.

Polo tanto, para o cómputo por días contarase a partir do día seguinte a aquel en que teña lugar a notificación ou publicación do acto de que se trate, ou desde o seguinte a aquel en que se produza a estimación ou a desestimación por silencio administrativo, como describe o apartado 3 do artigo. Unha vez determinado ese *dies a quo*, hai que computar, en principio, os días hábiles, polo que hai que descontar sábados, domingos e festivos –agás que unha lei ou dereito da Unión Europea estableza que é por días naturais–.

No apartado 4 aparece a regulación do cómputo por meses e por anos, caracterizado por recoller unha descrición exacta de como se debe entender ese cómputo, que tantos equívocos daba na súa xestión diaria.

En concreto, baixo a regulación anterior, o equívoco derivaba da combinación da idea de que o cómputo por meses ou anos era de “data a data”, unida á mención de que o prazo comezaba ao día



seguinte da notificación e publicación. Con esta combinación, chegábase a pensar que o prazo remataba o correlativo ao día seguinte da notificación ou publicación, cando, segundo a xurisprudencia contenciosa, o prazo remataba o día correlativo ao día da notificación ou publicación, porque o correlativo “ao día seguinte”, era o primeiro día do mes ulterior, segundo tales sentenzas (por todas, STS do 2 de abril de 2007). Hai que destacar que así tamén é como se entende o cómputo por meses e anos para os prazos procesuais contenciosos.

Algún comentario a maiores é oportuno sobre isto. O primeiro é que a Lei 4/1999, de reforma da Lei 30/1992, xa intentou eliminar o equívoco antes referido expulsando do artigo 48 –o que regulaba este aspecto– a expresión de “data a data”, o que non foi suficiente. O segundo, que non deixa de chamar poderosamente a atención que ese mesmo cómputo por meses e anos é entendido de maneira distinta por diferentes poderes públicos, concretamente, polos tribunais. Así, a xurisdición contenciosa entende que o prazo remata o correlativo ao día da notificación ou publicación (non o día seguinte), pero o Tribunal Constitucional para os prazos procesuais fixados na súa lei orgánica por meses verbo dos procesos constitucionais, entende que rematan o día correlativo ao seguinte da notificación (STC 48/2003).

A Lei 39/2015, cando menos, ten a loable intención de deixar isto pacificado no seu texto e de forma moi clara para evitar equívocos, e así asume o criterio xurisprudencial contencioso de que remata o correlativo ao día da notificación ou publicación, non o correlativo ao seguinte: “O prazo concluirá o mesmo día en que se produciu a notificación, publicación ou silencio administrativo no mes ou no ano de vencemento”. Queda a mención, no parágrafo anterior, de que o cómputo comeza ao día seguinte da notificación ou publicación –ou silencio–, pero iso é porque, como dicíamos, a xurisprudencia entende que o mes vai desde ese día seguinte ata o día anterior a este no mes correspondente (o coincidente coa notificación/publicación/silencio), porque o correlativo a ese día seguinte é o primeiro día do mes ulterior.

A esa descrición de como efectuar o cómputo por meses/anos, engádese a regra de que se entenderá que o prazo expira o último día do mes se no mes de vencemento non houber día equivalente a aquel en que comeza o cómputo.

No resto dos apartados tráense regras comúns aos cómputos que acabamos de ver, sexan computados por días, meses, etc.

Así, recóllese:

- Cando o último día do prazo sexa inhábil, entenderase prorrogado ao primeiro día hábil seguinte.
- Cando un día sexa hábil no municipio ou comunidade autónoma en que resida o interesado e inhábil na sede do órgano administrativo, ou á inversa, considerarase inhábil en todo caso.

Tamén antes, igual ca agora, se recolle o mandato cara ás administracións de fixar, no seu respectivo ámbito, o calendario de días inhábiles para efectos de cómputos de prazos, coa mención a que no das comunidades autónomas haberá que incluír os días inhábiles das entidades locais.

Este calendario deberase publicar antes do comezo de cada ano no diario oficial que corresponda, así como noutros medios de difusión que garantan o seu coñecemento xeneralizado.

Finalmente, é tradicional nas leis de procedemento advertir que a declaración dun día como hábil ou inhábil para efectos de cómputo de prazos non determina por si soa o funcionamento dos centros de traballo das administracións públicas, a organización do tempo de traballo ou o seu réxime de xornada e horarios, o cal terá máis sentido cando estean operativos os rexistros electrónicos onde esa disociación será evidente.

#### **REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo), do 2 de abril de 2008, recurso contencioso-administrativo núm. 323/2004.

Sentenza do Tribunal Constitucional (Pleno) 48/2003, do 12 de marzo, recurso de inconstitucionalidade núm. 5550/2002.

### **Artigo 31. Cómputo de prazos nos rexistros**

1. Cada Administración pública publicará os días e o horario en que deban permanecer abertas as oficinas que prestarán asistencia para a presentación electrónica de documentos, garantindo o dereito dos interesados a seren asistidos no uso de medios electrónicos.

2. O rexistro electrónico de cada Administración ou organismo rexeráse, para efectos de cómputo dos prazos, pola data e hora oficial da sede electrónica de acceso, que deberá contar coas medidas de seguranza necesarias para garantir a súa integridade e figurar de modo accesible e visible.

O funcionamento do rexistro electrónico rexeráse polas seguintes regras:

- a) Permitirá a presentación de documentos todos os días do ano durante as vinte e catro horas.
- b) Para os efectos do cómputo de prazo fixado en días hábiles, e no que se refire ao cumprimento de prazos polos interesados, a presentación nun día inhábil entenderase realizada na primeira hora do primeiro día hábil seguinte, salvo que unha norma permita expresamente a recepción en día inhábil.

Os documentos consideraranse presentados pola orde de hora efectiva en que o foron no día inhábil. Os documentos presentados no día inhábil reputaranse anteriores, segundo a mesma orde, aos que o fosen o primeiro día hábil posterior.

- c) O inicio do cómputo dos prazos que deban cumprir as administracións públicas virá determinado pola data e hora de presentación no rexistro electrónico de cada Administración ou organismo. En todo caso, a data e hora efectiva de inicio do cómputo de prazos deberá ser comunicada a quen presentou o documento.

3. A sede electrónica do rexistro de cada Administración pública ou organismo determinará, atendendo ao ámbito territorial en que exerce as súas competencias o titular daquela e ao calendario previsto no artigo 30.7, os días que se considerarán inhábiles para os efectos previstos neste artigo. Este será o único calendario de días inhábiles que se aplicará para efectos do cómputo de prazos nos rexistros electrónicos, sen que lles resulte de aplicación o disposto no artigo 30.6.

**COMENTARIO:**

Este artigo é, en gran parte, innovador na súa literalidade, posto que regula o que é unha das grandes innovacións desta reforma lexislativa, como é a implantación das relacións telemáticas da cidadanía coa Administración, e viceversa.

Antes de comezar coa explicación desta regulación, non podemos perder de vista que, segundo a disposición derradeira sétima, o relativo rexistro electrónico de apoderamentos, rexistro electrónico, punto de acceso xeral electrónico da Administración e arquivo único electrónico ten unha entrada en vigor atrasada ata o 2 de outubro de 2018 (dous anos desde a entrada en vigor da lei, que, pola súa vez, entra en vigor ao ano da publicación, o que implica tres anos desde tal publicación).

Dado que o artigo que nos ocupa regula, principalmente, aspectos dese rexistro electrónico e ademais, a parte referida a tales temáticas terá tal atraso na súa entrada en vigor.

Para ese período onde xa opera a Lei 39/2015 pero non estas materias, debemos ter en conta o parágrafo último do apartado 2 da disposición derogatoria única, que menciona que ata que produzan efectos as previsións relativas ao rexistro electrónico de apoderamentos, rexistro electrónico, punto de acceso xeral electrónico da Administración e arquivo único electrónico se manterán en vigor os artigos das normas previstas nas alíneas a), b) e g) relativos ás materias mencionadas. Esas normas serían:

- Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común.
- Lei 11/2007, do 22 de xuño, de acceso electrónico dos cidadáns aos servizos públicos.
- Os artigos 2.3, 10, 13, 14, 15, 16, 26, 27, 28, 29.1.a), 29.1.d), 31, 32, 33, 35, 36, 39, 48, 50, os números 1, 2 e 4 da disposición adicional primeira, a disposición adicional terceira, a disposición transitoria primeira, a disposición transitoria segunda, a disposición transitoria terceira e a disposición transitoria cuarta do Real decreto 1671/2009, do 6 de novembro,

polo que se desenvolve parcialmente a Lei 11/2007, do 22 de xuño, de acceso electrónico dos cidadáns aos servizos públicos.

Logo de facer a anterior observación, e volvendo ao artigo 31, cando a súa regulación sobre os rexistros electrónicos entre en vigor, haberá que ter en conta as regras sobre os cómputo dos prazos nestes, contidas no seu apartado 2.

O principal aspecto destacable é que se disocian os horarios das oficinas e do que podemos chamar rexistros físicos, coa posibilidade de presentación de documentos, concretamente, por vía telemática, pois con tal regulación a presentación de documentos está permanentemente aberta. Como recolle tal apartado 2, caberá a presentación de documentos todos os días do ano durante as vinte e catro horas.

Evidentemente, esta é unha das grandes utilidades da implantación destas relacións electrónicas, esa permisibilidade temporal absoluta cara á presentación de documentos dentro dos prazos que, agora si, son plenos, pois pódese facer durante 24 horas do día e non se acurtan xa en virtude dos horarios de peche dos rexistros ou oficinas públicas.

Dada esa novidade de presentación e dado que cabe incluso a presentación en días inhábiles (por exemplo, un domingo), hai que fixar certas regras, porque unha cousa é que se permita esa presentación e outra como computala en día inhábil para os efectos de se está ou non en prazo.

Por iso, a letra b) do apartado 2 do artigo 31 recolle que, para os efectos do cómputo de prazo fixado en días hábiles, e no que se refire ao cumprimento de prazos polos interesados, a presentación nun día inhábil se entendera realizada na primeira hora do primeiro día hábil seguinte, salvo que unha norma permita expresamente a recepción en día inhábil.

Outra regra que evitará equívocos naqueles procedementos de concorrencia competitiva onde o desempate pode vir pola orde de prelación de presentación é a que recolle que: i) os documentos consideraranse presentados pola orde de hora efectiva en que o foron no día inhábil e ii) os documentos presentados no día inhábil reputaranse anteriores, segundo a mesma orde, aos que o fosen o primeiro día hábil posterior.

A letra c) establece que o inicio do cómputo dos prazos que deban cumprir as administracións públicas virá determinado pola data e hora de presentación no rexistro electrónico de cada Administración ou organismo.

Esta referencia é coherente co recollido no artigo 21, tanto no apartado 3.b) como no segundo parágrafo do apartado 4, onde dispón que o prazo comeza coa entrada no rexistro electrónico da Administración ou organismo competente. Como expresamos no comentario a ese artigo, a LPACAP modificou a redacción anterior, pois a Lei 30/1992 falaba da entrada no rexistro do órgano competente, da unidade, polo tanto, especificamente responsable. Tamén dicíamos que a incoherencia xorde porque, en cambio, esta LPACAP segue mantendo a frase final do apartado 4, de que se debe comunicar ao interesado a data na que a solicitude foi recibida polo “órgano competente”, información que só ten interese real de pivotar sobre tal entrada o cómputo do *dies a quo* para resolver.

A maiores, volvemos traer a nosa consideración de que entendemos que prevalece a súa mención a que será o da entrada na Administración ou organismo competente, sen máis.

Finalmente, este artigo 31 –igual que fai o artigo 21– lembra que a data e hora efectiva de inicio do cómputo de prazos debe ser comunicada a quen presentou o documento.

Unha mención que quizais pase desapercibida no caso dos rexistros electrónicos é que non será de aplicación a salvidade do artigo 30.6, non será de aplicación a referencia contida alí de que, cando un día sexa hábil no municipio ou comunidade autónoma en que resida o interesado e inhábil na sede do órgano administrativo, ou á inversa, se considerará inhábil en todo caso.

Por último, o artigo obriga a Administración a darlles publicidade aos elementos necesarios para a correcta aplicación deste cómputo de prazos e de funcionamento destes rexistros ao ordenar que:

- Cada Administración pública publique os días e o horario en que deban permanecer abertas as oficinas que prestarán asistencia para a presentación electrónica de documentos, garan-

tindo o dereito dos interesados a seren asistidos no uso de medios electrónicos.

- As sedes electrónicas do rexistro de cada Administración pública ou organismo deben determinar os días que se considerarán inhábiles para os efectos previstos neste artigo.

#### **REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Jiménez Franco, Emmanuel. “Términos y plazos”. *Instituciones de procedimiento administrativo común, novedades de la Ley 39/2015*. Juruá editorial.

### **Artigo 32. Ampliación**

1. *A Administración, salvo precepto en contrario, poderá conceder de oficio ou por petición dos interesados unha ampliación dos prazos establecidos, que non exceda a metade destes, se as circunstancias o aconsellan e con isto non se prexudican dereitos de terceiro. O acordo de ampliación deberá ser notificado aos interesados.*

2. *A ampliación dos prazos polo tempo máximo permitido aplicarase, en todo caso, aos procedementos tramitados polas misións diplomáticas e oficinas consulares, así como a aqueles que, tramitándose no interior, exixan cumprir algún trámite no estranxeiro ou nos que interveñan interesados residentes fóra de España.*

3. *Tanto a petición dos interesados como a decisión sobre a ampliación deberanse producir, en todo caso, antes do vencemento do prazo de que se trate. En ningún caso poderá ser obxecto de ampliación un prazo xa vencido. Os acordos sobre ampliación de prazos ou sobre a súa denegación non serán susceptibles de recurso, sen prexuízo do procedente contra a resolución que poña fin ao procedemento.*

4. *Cando unha incidencia técnica imposibilitase o funcionamento ordinario do sistema ou aplicación que corresponda, e ata que se solucione o problema, a Administración poderá determinar unha ampliación dos prazos non vencidos e deberá publicar na sede electrónica tanto a incidencia técnica acontecida como a ampliación concreta do prazo non vencido.*

**COMENTARIO:**

O artigo 32 está incluído dentro do capítulo referido aos termos e prazos e recolle un suposto de ampliación destes.

As novidades introducidas neste artigo verbo do seu precedente na Lei 30/1992, a LRX-PAC, non son de importancia en canto que non cambia a configuración xeral deste mecanismo de ampliación dos prazos.

Estas novidades serían: i) no apartado 3, a prevención de que non hai recurso contra os acordos de aceptación ou denegación de ampliación, ii) a consideración, xa implícita antes, de que esa irrecorribilidade directa é “sen prexuízo do procedente contra a resolución que poña fin ao procedemento” e iii) engádese todo o apartado 4, derivada da gran novidade da LPACAP referida á Administración electrónica, que obriga a referencias coma as dese apartado.

O artigo 32 recolle un dos dous camiños previstos pola LPACAP para a ampliación de prazos. O outro está contido na combinación dos artigos 21.5 e 23, de análise nos comentarios deste último.

Efectivamente, o artigo 32 prevé, “salvo precepto en contrario”, a posibilidade de ampliar “os prazos establecidos”. Esta ampliación non pode superar a metade destes, como se recolle textualmente.

Os aspectos que cómpre destacar da regulación contida son, xa de inicio:

- a) Que pode concederse de oficio, pero tamén tras a petición das persoas interesadas. Vimos que a vía do artigo 23, en cambio, non está aberta, no texto do artigo, a peticións polos interesados.
- b) A referencia tan xenérica para coas causas que lexitiman esta ampliación: “se as circunstancias o aconsellan e con isto non se prexudican dereitos de terceiro”. Observaremos o case nulo acoutamento do campo para tomar esta decisión. En realidade, só hai límites negativos, non tanto positivos, como é que non exista arbitrariedade ou desviación de poder na decisión (isto é, que exista algunha circunstancia que o motive, sen máis) e que non se prexudique dereitos de terceiros.



c) A mención, obvia por outra parte (que non estaba na redacción orixinal da Lei 30/1992, senón que foi introducida pola reforma operada nesta pola Lei 4/1999), de que debe haber un acordo de ampliación e que este debe serlles notificado aos interesados. Á notificación aos interesados a xurisprudencia adoita unir a efectividade da ampliación para con estes e, en definitiva, para co procedemento en cuestión, polo que remarcamos a súa importancia.

Engadímoslle un requisito máis a este acordo de ampliación (ou ao seu rexeitamento): a necesidade de motivación. Non polo feito de que este artigo 32 limite pouco o uso desta posibilidade, pode entenderse que non haxa que motivar a causa da decisión adoptada. Así, de ser o acordo de ampliación, debe tal motivación cubrir a explicación de que circunstancias o aconsellan e como non hai prexuízo a terceiros.

Non hai comentarios relevantes en canto á mención do apartado 2, referido aos procedementos tramitados na Administración exterior do Estado.

O apartado 3 recolle mandatos que, aínda que sempre é oportuno que teñan unha plasmación normativa expresa por maior seguridade xurídica, rexerían de non ser incluídos. Dispón este apartado que non se poden ampliar prazos xa precluídos e tamén que o acordo de ampliación ou de rexeitamento non é recorrible, o cal é coherente coa mesma prevención recollida no artigo 23 para co outro acordo de ampliación posible. Iso, outra vez, non impide que se discuta sobre a corrección desa ampliación cando se recorra contra a resolución finalizadora do recurso. Como explicamos ao comentar tal artigo 23, se nesa discusión sobre a ampliación decretada se achegan irregularidades que acaden o grao de invalidantes, aparecerá, con carácter xeral, o efecto de non resolver entón en prazo ao non ser hábil a ampliación decretada: silencio, normalmente positivo, no caso dos procedementos iniciados por solicitude do interesado e a caducidade nos procedementos sancionadores.

Diciamos con anterioridade que o apartado 4 é unha novidade propia desta Lei 39/2015, impregnada de referencias á materia elec-

trónica ou telemática, por ser esta unha das grandes liñas de innovación desta reforma lexislativa do procedemento administrativo común.

Este apartado introduce, dentro da regulación da ampliación dos prazos, e como nova causa que xustifica tal medida, as incidencias técnicas que imposibiliten o funcionamento ordinario do sistema ou das aplicacións. Recolle que o período de ampliación será desde esa incidencia ata a que se solucione.

Sen prexuízo de que, como novidade que é, hai que ver como discorre a súa aplicación, podemos traer xa algúns comentarios que nos suscita esta regulación deste apartado final do artigo 32.

Por exemplo, entendemos que o termo “imposibilitar” debe ser entendido dunha forma flexible para incluír aquelas incidencias que, sen chegar á imposibilidade, fagan aparecer dificultades tan relevantes para acceder ao sistema ou aplicación que sexan merecedoras desa ampliación. Estamos pensando, por exemplo, en supostos onde a conxestión da rede ou de usuarios que intentan acceder á vez a esa aplicación que, malia non ser imposible que algún deses poida acceder e culminar o proceso informático, o dificulte de forma moi relevante. De feito, non facelo así só agravaría a incidencia, ao obrigar a continuar con esa aglomeración informática.

En segundo lugar, ese termo de “poderá”, que denota certa discrecionalidade de decisión na Administración. Pode haber marxe para valorar se estamos ou non ante unha imposibilidade de acceso –que hai que entender na forma descrita no parágrafo anterior– pero, corroborada esta, a ampliación dos prazos debía ser obrigada, pois houbo un tempo onde os interesados non puideron gozar dun período hábil.

Pero quizais o máis discutible é que o acordo de ampliación aquí só merecese da referencia a unha publicidade xeral en sede electrónica e non dunha individualizada nos procedementos onde os interesados estean xa comparecidos.

En relación con esta vía de ampliación recollida no artigo 32 (e antes verbo do artigo 49 da LRX-PAC), a dúbida que xurdiu en primeiro lugar é se era aplicable tamén aos sancionadores, ao que cabe responder que nada indica que non o poida ser e, sobre todo, se esta

ampliación serve, pola súa vez, para ampliar o prazo para resolver ou se para isto só cabe o camiño do artigo 21.5 e 23.

Pois ben, por exemplo, podemos invocar a Sentenza do Tribunal Supremo do 20 de marzo de 2007, que, referíndose a un sancionador, aborda directamente ese debate e recolle expresamente: “Non se pode aceptar a interpretación realizada pola actora respecto de que a posibilidade de ampliación de prazos establecida no artigo 49 da Lei 30/1992 non poida ser aplicada ao prazo máximo de duración dun procedemento. Nin tal exclusión se establece de xeito directo e expresa no precepto sinalado (a diferenza do que ocorría con anterioridade á reforma da lei operada en 1999), nin existen razóns para deducila nunha análise sistemática da lei”.

Ten razón esta sentenza sobre que desa literalidade do artigo (e non hai modificación no artigo 32 LPACAP verbo do artigo 49 LRX-PAC para soste diferente doutrina) nada leva a determinar unha exclusión do prazo para resolver, máis desde que, tras a Lei 4/1999, se eliminase da LRX-PAC a frase “Exclúense das ampliacións reguladas deste artigo a que se fai referencia no artigo 42.2”, que era o artigo desa outra ampliación, a agora contida no artigo 23.

Realmente, o único camiño para chegar a entender que esta vía de ampliación de prazos do artigo 32 non é para o de resolver sería sobre a idea de que entón non é moi coherente ter outro artigo referido especificamente para á ampliación do prazo para resolver e notificar (o artigo 23). A isto a Sentenza do Tribunal Supremo do 20 de marzo de 2007 tamén lle dá resposta: “En efecto, a regulación específica para ampliar o prazo máximo de resolución e notificación dun procedemento no artigo 42.6 non obsta a aplicación da previsión xenérica do artigo 49 ao mesmo suposto, tendo ambos preceptos un alcance diferente. Así, as condicións para a aplicación do suposto específico do artigo 42.6 son máis estritas e a ampliación pode alcanzar ata un lapso de tempo igual ao do prazo máximo do procedemento (artigo 42.6, parágrafo terceiro); pola contra, a ampliación posible en aplicación da previsión xenérica do artigo 49 pode ser acordada polo propio órgano instructor e só pode chegar ata a metade do prazo ampliado (apartado 1)”.

Entón, se poñemos este artigo 32 en relación co camiño para ampliar recollido nos artigos 21.5 e 23, vemos que as diferenzas son: a) este artigo 32 recolle causas para a ampliación máis xenéricas; b) aquí permítese que parta por iniciativa das persoas interesadas; c) non se regula neste artigo 32 quen debe acordar a ampliación do prazo, polo que é, seguramente, o máis coherente entender que, se se alude ao prazo para resolver ou se pretende que afecte a este, este acordo deba proceder do órgano competente para resolver, mentres que se só é para trámites da instrución sen afectación a ese prazo de finalización, poida ser do instructor e d) que pola vía do artigo 32 só cabe ampliar ata a metade do prazo orixinal, mentres que o artigo 23 permite duplicar ese inicial prazo.

En todo caso, recalcamos a importancia da adopción dun acordo, que este estea motivado e que se lles notifique aos interesados.

#### **REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo), do 20 de marzo de 2007, procedemento ordinario núm. 348/2005.

### **Artigo 33. Tramitación de urxencia**

*1. Cando razóns de interese público o aconsellen, poderase acordar, de oficio ou por petición do interesado, a aplicación ao procedemento da tramitación de urxencia, pola cal se reducirán á metade os prazos establecidos para o procedemento ordinario, salvo os relativos á presentación de solicitudes e recursos.*

*2. Non caberá recurso ningún contra o acordo que declare a aplicación da tramitación de urxencia ao procedemento, sen prexuízo do procedente contra a resolución que poña fin ao procedemento.*

#### **COMENTARIO:**

Así como hai artigos que regulan a posibilidade de ampliación dos prazos (artigos 23 e 32), o que nos ocupa agora regula a posibi-

lidade de optar por unha tramitación de urxencia, con acurtamento dos prazos.

Este artigo é practicamente igual ao seu precedente artigo 50 na LRX-PAC, agás na introdución agora da frase final de “sen prexuízo do procedente contra a resolución que poña fin ao procedemento”.

Esta referencia á posibilidade de criticar a adopción da tramitación de urxencia na resolución que poña fin ao procedemento xa operaba antes, aínda que non estivese textualmente na lei. De todos os xeitos, non se pode considerar improcedente que, por seguridade xurídica, tal consideración quede xa plasmada.

Esta mención á posibilidade de introducir a impugnación desta decisión no recurso contra a resolución final é a contrapartida lóxica á imposibilidade de facelo de forma autónoma no momento de decidir esta tramitación de urxencia, e ademais ten coherencia con outras regulacións da mesma dimensión ca esta. Así, por exemplo, no artigo 32, referido a outra modificación do prazo de tramitación –nese caso, para ampliálo–, recóllese este, no seu apartado 3, *in fine*: non cabe o recurso directo contra a decisión de modificación dese prazo, aí de ampliación, pero si cabe levar tal crítica á impugnación contra a resolución que poña fin ao procedemento.

Por outro lado, centrados xa no artigo 33, este regula a posibilidade de facer unha tramitación con prazos máis breves, con prazos de urxencia. Son mostra da pouca utilización desta posibilidade as escasas referencias nas sentenzas a debates relacionados con este precepto, o que fai que non existan moitas indicacións para solucionar as dúbidas que esta poida presentar.

A primeira reflexión é que da literalidade do artigo 32 parece deducirse que a decisión debe ser sobre o conxunto do procedemento, isto é, que a decisión de adoptar a tramitación de urxencia é para todo ese procedemento, non tanto para algún trámite en concreto. Como expresamos no comentario do artigo, se a decisión ten afectación a ese prazo para resolver, a ese conxunto do procedemento, entendemos que esta decisión debe ser adoptada polo órgano competente para resolver.

É certo que a literalidade tampouco impide directamente que esa redución dos prazos sexa dun trámite concreto, pero certamente sería máis difícil de xustificar por que nese en concreto existen esas razóns de interese público que xustifican que só aí deba producirse esa redución de prazos.

De feito, se ese trámite en concreto debe ser realizado pola Administración –por exemplo, a proposta de resolución–, nada impide que o propio instrutor aplique esa celeridade, principio ademais do procedemento en xeral, e que a emita inmediatamente ou o máis rápido posible, sen necesidade de decretar a urxencia.

Por outra banda, se ese trámite sobre o que se pretende reducir o prazo é dos que se lle outorgan ao interesado (alegacións, audiencia...), buscar a redución só dalgún ten o problema da posible afectación aos dereitos de defensa por isto. Destacamos, ademais, que en moitos trámites xa se recolle un abano para o prazo (por exemplo, artigo 82.2), polo que pode escollerse o tramo máis curto, sen necesidade de introducirse nas dificultades descritas de ir pola vía de declarar a redución ou tramitación de urxencia para un trámite concreto.

En definitiva, podemos concluír que só a declaración da tramitación de urxencia verbo do conxunto do procedemento é o que exime de problemáticas como as descritas.

No artigo 33 tamén vemos que, ao igual que para a ampliación no artigo 32, cabe que a súa petición parta dos interesados, non só que sexa de oficio.

Sen dúbida, é moi necesario destacar a necesidade de que a decisión da tramitación de urxencia, de reducir á metade os prazos, veña recollida nun acordo expreso, o cal debe estar motivado, pois debe xustificar cales son esas “razóns de interese público” que o aconsella, como refire a primeira expresión deste artigo 33. Observaremos como no apartado 2 se fala dun acordo, polo que a súa necesidade é evidente.

Polo tanto, necesidade de emitir un acordo, que debe ser motivado, e que, e isto tamén é importante, debe serlles notificado aos interesados indefectiblemente.

Outras consideracións que non podemos desatender son, por exemplo, a mención a que esa redución de prazos non pode afectar os prazos relativos á presentación de solicitudes e recursos.

Por último, apuntamos que existen outros mecanismos na propia lei para acadar unha tramitación máis acelerada de darse as condicións que se esixen para eles.

Así, o artigo 72 permite a concentración de trámites, o cal permite o impulso simultáneo de trámites que non requiren dun cumprimento sucesivo ou a posibilidade de optar por unha tramitación simplificada.

En efecto, xunto á tramitación de urxencia, a deste artigo 33, que permite reducir os prazos á metade (o prazo subsidiario de tres meses, quedaría en mes e medio), a tramitación simplificada leva a un prazo de 30 días para resolvelo. Entón, vemos a existencia de diversos camiños, con diferentes prazos.

O que non pode decretarse é, por exemplo, a tramitación urxente dun procedemento simplificado, e reducir este á metade dos prazos, posto que o artigo 33 xa recolle que esa tramitación urxente só cabe ser decretada verbo do procedemento ordinario.





## TÍTULO III

### Dos actos administrativos

#### CAPÍTULO I

##### Requisitos dos actos administrativos

###### **Artigo 34. Producción e contido**

1. *Os actos administrativos que ditén as administracións públicas, ben de oficio ou por instancia do interesado, serán producidos polo órgano competente axustándose aos requisitos e ao procedemento establecido.*

2. *O contido dos actos axustarase ao disposto polo ordenamento xurídico e será determinado e adecuado aos fins daqueles.*

###### **COMENTARIO:**

O contido do artigo que analizamos reproduce, en esencia, o artigo 53 da Lei 30/1992 do 26 de xuño, e recolle no seu apartado primeiro que os actos administrativos que ditén as administracións públicas, ben de oficio ou ben por instancia de parte, se producirán polo órgano competente e de acordo co procedemento legalmente establecido.

En relación con esta cuestión, pouco hai que dicir. Obviamente, os requisitos formais do acto administrativo son os atinentes á competencia e ao procedemento. E neste aspecto hai que remitirse aos comentarios correspondentes á invalidez dos actos administrativos.

Maior interese ten o apartado segundo do artigo que comentamos. Este precepto sinala que o contido dos actos se axustará ao disposto polo ordenamento xurídico e será determinado e adecuado aos fins daqueles.

O contido do acto administrativo alude aos efectos xurídicos producidos por este; é dicir, aos dereitos, obrigas e situacións xurídicas que o acto administrativo crea, declara, modifica ou extingue.

Que o contido do acto administrativo deba ser adecuado ao ordenamento xurídico é algo que ninguén discute. En calquera caso, un vicio no contido do acto afectará o fondo destes e, xa que logo, a regra xeral será a anulabilidade do acto, salvo que se incorra en causa de nulidade de pleno dereito.

Agora ben, o ordenamento non se compón só de leis escritas, senón tamén dos principios xerais do dereito e daqueles inmanentes á natureza das institucións. Isto supón que a adecuación do contido do acto ao ordenamento non só é unha esixencia daqueles actos cuxo contido está regulado, senón tamén daqueles en que a Administración ten a potestade de decidir que contido lle dar ao acto, á vista dos fins propios deste e das circunstancias de feito; decisión que se baseará na valoración que a Administración efectúe da situación concreta. Isto, en último termo, comporta que as esixencias de adecuación, congruencia e proporcionalidade, tamén recollidas no artigo 33.2, son en realidade esixencias xurídicas, e non cuestións de pura oportunidade.

Máis interesante neste momento resulta a previsión de que ese contido debe ademais ser determinado e adecuado aos fins do acto administrativo. Que o contido do acto deba ser determinado constitúe unha esixencia da lóxica, que polo demais ten o seu reflexo nalgúns sectores do ordenamento xurídico administrativo. Iso é o que ocorre no caso da contratación pública, xa que o artigo 26 do TRLCSP esixe un contido mínimo contractual; entre outros que o obxecto do contrato, así como o prezo, sexan determinados. Igual requisito recolle o artigo 1271 do Código civil en relación cos contratos civís. Trátase dunha esixencia lóxica e, polo tanto, aplicable tanto no ámbito xurídico público coma no xurídico privado.

Como nos recorda a Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo (en diante, TS) na súa sentenza do 15 de abril de 2004, en ocasións a xurisprudencia entendeu que “a indeterminación, ambigüidade ou inintelixibilidade do contido do acto son equiparables coa imposibilidade física ou lóxica deste, de forma que esa indeterminación, cando concorra realmente, será causa de nulidade de pleno dereito do acto, despois de que esta non é equiparable á sim-

ple imposibilidade xurídica do acto” (simple causa de anulabilidade, salvo que concorra algunha das causas taxadas de nulidade absoluta).

En canto á adecuación do acto administrativo aos fins deste, trátase en primeiro lugar dunha esixencia interna de congruencia do acto. Se o acto se dita en atención a uns fins e en atención a unhas determinadas circunstancias de feito e á valoración que a Administración efectúa das ditas circunstancias, o contido deberá ser apto para a consecución deses fins á vista de tales circunstancias de feito.

Polo demais, esas circunstancias de feito ás veces están deseñadas dun modo pechado polas normas xurídicas, pero noutros casos estas permítenlle ao aplicador do dereito ter en conta tamén outros factores non previstos nelas.

Esta esixencia de congruencia enlaza, desde logo, co principio constitucional de eficacia da Administración no seu labor ao servizo dos intereses xerais (art. 103.1 da CE e 3.1 da LRXPAC). Un acto que non sirva para cumprir cos seus fins propios non cumprirá, obviamente, con ese principio de servizo obxectivo e eficaz ao interese xeral.

O tema conecta decididamente co principio constitucional de interdicción da arbitrariedade dos poderes públicos, que impide a adopción de decisións carentes de xustificación fáctica ou de carácter caprichoso. Cando o contido do acto se revele como incongruente e inadecuado para os fins deste, en atención ás circunstancias de feito, esa incongruencia ou inadecuación poderán ser de tal envergadura que poida afirmarse, sen máis, que o acto é arbitrario.

Por maior abastanza, tamén se conecta a esixencia de congruencia entre os feitos e a súa valoración, os fins do acto e o contido deste con outro principio, como é o principio de proporcionalidade. Este principio de proporcionalidade aplícase frecuentemente pola xurisprudencia á hora de determinar o axuste das sancións administrativas ás circunstancias de feito, o dano causado e a culpabilidade do axente, ata o punto de que chega a substituír a sanción imposta pola que se considera estritamente proporcionada.

En realidade, o principio de proporcionalidade ten tres vertentes. En primeiro lugar, a adecuación; é dicir, o contido do acto debe ser adecuado, tal como indica o artigo. 33.2, para os fins que se preten-

den conseguir. Esa adecuación é así presuposto da proporcionalidade. En segundo lugar, a proporcionalidade debe comportar tamén a adopción da medida menos restritiva posible para a liberdade e o dereitos dos cidadáns ou, o que é o mesmo, a medida adoptada debe ser necesaria para a consecución do fin. En terceiro lugar, a proporcionalidade en sentido estrito alude ao balance custos-vantaxes; é dicir, as vantaxes que se obteñan co acto para o interese xeral deben ser superiores aos inconvenientes para os intereses particulares, mesmo para os intereses xerais contraditorios coa finalidade perseguida co acto, que que se causen ao adoptar este. Este principio do balance custos-vantaxes aplicouno por primeira vez o Consello de Estado francés en relación coas declaracións de utilidade pública que xustifican a expropiación forzosa no *Arrêt Ville Nouvelle de L'Est*, onde a confrontación se producía entre o interese xeral da expropiación e os intereses particulares dos afectados, e despois no *arrêt Société Civile Sainte-Marie de L'Assomption*, onde a confrontación se produce entre o interese xeral viario, xustificativo da expropiación, e o interese xeral sanitario, ao estaren afectados os terreos dun hospital.

O acto administrativo que non sirva aos intereses públicos que ten encomendados incorrerá así en desviación de poder, aínda que é verdade que o artigo 70 da Lei 29/98 (LXCA) parece esixir un factor subxectivo ou intencional; isto é, que o exercicio da potestade administrativa persiga precisamente fins distintos dos establecidos polo ordenamento xurídico. Polo demais, en canto ao concepto mesmo de desviación de poder, a xurisprudencia non é pacífica, na medida en que unhas sentenzas a circunscriben aos casos en que se persegue un interese puramente privado, mentres que noutros supostos enténdese que tamén concorre a desviación de poder cando a potestade administrativa se exercita para finalidades distintas das propias dese concreto acto administrativo, aínda que os fins perseguidos tamén sexan de interese xeral.

Existe unha proluxa xurisprudencia sobre o control da desviación de poder nos procesos selectivos de acceso á función pública. A sentenza do TS do 14 de xullo de 2000 concreta de forma breve, pero moi importante, o principio de discrecionalidade técnica e as súas posibles limitacións, e alude a que o carácter de órganos especiali-

zados en saberes específicos que lles corresponde aos tribunais cualificadores implica que se acepte, na súa actuación avaliadora, unha marxe moi ampla de apreciación; isto é, o que doutrinalmente se chama “discrecionalidade técnica”.

É importante considerar que a liña evolutiva da xurisprudencia do Tribunal Supremo sobre a discrecionalidade técnica avanzou tamén no referente á necesidade de motivar o xuízo técnico do tribunal cualificador, cando así sexa solicitado por algún aspirante ou cando sexa obxecto de impugnación, en tanto a posta de manifesto desa necesidade contribúe de forma importante a axustar e a matizar aquel principio.

O Tribunal Supremo tamén advirte de que, en oposicións e procedementos selectivos de emprego público, as probas de coñecementos prevalecen sobre os tests psicotécnicos e entrevistas. Neste sentido, pódese citar a sentenza da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo, do 31 de maio de 2008 (rec. 47/2005), ditada en interese de lei, na que se declara que as probas selectivas de coñecemento a cargo de aspirantes mediante temario son máis axustadas aos criterios constitucionais que a selección de funcionarios mediante tests, psicotécnicos, entrevistas, realización de memorias ou similares.

#### **REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Sentenza do 15 de abril de 2004 do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo).

Sentenza do 14 de xullo de 2000 do Tribunal Supremo (Sala do do Contencioso-Administrativo).

Sentenza do 31 de maio de 2008 do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo), recurso de casación 47/2005.

### **Artigo 35. Motivación**

*1. Serán motivados, con sucinta referencia de feitos e fundamentos de dereito:*

*a) Os actos que limiten dereitos subxectivos ou intereses lexítimos.*

- b) *Os actos que resolvan procedementos de revisión de oficio de disposicións ou actos administrativos, recursos administrativos e procedementos de arbitraje e os que declaren a súa inadmisión.*
- c) *Os actos que se separen do criterio seguido en actuacións precedentes ou do ditame de órganos consultivos.*
- d) *Os acordos de suspensión de actos, calquera que for o motivo desta, así como a adopción de medidas provisionais previstas no artigo 56.*
- e) *Os acordos de aplicación da tramitación de urxencia, de ampliación de prazos e de realización de actuacións complementarias.*
- f) *Os actos que rexeiten probas propostas polos interesados.*
- g) *Os actos que acorden a terminación do procedemento pola imposibilidade material de continuo por causas sobrevidas, así como os que acorden a desistencia pola Administración en procedementos iniciados de oficio.*
- h) *As propostas de resolución nos procedementos de carácter sancionador, así como os actos que resolvan procedementos de carácter sancionador ou de responsabilidade patrimonial.*
- i) *Os actos que se diten no exercicio de potestades discretionais, así como os que deban selo en virtude de disposición legal ou regulamentaria expresa.*

2. *A motivación dos actos que poñan fin aos procedementos selectivos e de concorrencia competitiva realizarase de conformidade co que dispoñan as normas que regulen as súas convocatorias e, en todo caso, deberán quedar acreditados no procedemento os fundamentos da resolución que se adopte.*

### **COMENTARIO:**

O deber de motivación dos actos administrativos nos supostos enumerados no artigo que analizamos debe enmarcarse no dereito dos cidadáns a unha boa Administración, que é consubstancial ás tradicións constitucionais comúns aos Estados membros da Unión Europea, que logrou o seu referendo normativo como dereito fundamental no artigo 41 da Carta dos dereitos fundamentais da Unión

Europea, proclamada polo Consello de Niza do 8/10 de decembro de 2000, ao enunciar que este dereito inclúe en particular a obriga que lle incumbe á Administración de motivar as súas decisións, que se incorporou ao Tratado polo que se establece unha Constitución para Europa, no seu artigo II, 101.2, c).

A esixencia de motivación dos actos administrativos constitúe unha constante do noso ordenamento xurídico e ten por finalidade que o interesado coñeza os motivos que conducen á resolución da Administración, co fin de poder rebatelos na forma procedimental regulada para o efecto.

Motivación que, á súa vez, é consecuencia dos principios de seguridade xurídica e de interdicción da arbitrariedade enunciados polo apartado 3 do artigo 9 da CE e que tamén, desde outra perspectiva, pode considerarse como unha esixencia constitucional imposta non só polo artigo 24.2 CE, senón tamén polo artigo 103 (principio de legalidade na actuación administrativa). Pola súa banda, a Carta dos dereitos fundamentais da Unión Europea, proclamada polo Consello Europeo de Niza do 8/10 de decembro de 2000, inclúe dentro do seu artigo 41, dedicado ao “Dereito a unha boa Administración”, entre outros particulares, “a obriga que lle incumbe á Administración de motivar as súas decisións”.

Tal precepto intégrase hoxe no Tratado da Unión Europea (Tratado de Lisboa), do 13 de decembro de 2007, ratificado polo Instrumento do 26 de decembro de 2008, que no seu artigo 6 sinala que “a Unión reconece os dereitos, liberdades e principios enunciados na Carta dos dereitos fundamentais da Unión Europea do 7 de decembro de 2000, tal como foi adaptada o 12 de decembro de 2007 en Estrasburgo, que terá o mesmo valor xurídico ca os tratados”.

O deber de motivación dos actos administrativos, que establece o artigo 35 que analizamos, enmárcase no deber da Administración de servir con obxectividade os intereses xerais e de actuar con sometemento pleno á lei e ao dereito, que impón o artigo 103 da Constitución. E tradúcese na esixencia de que os actos administrativos conteñan unha referencia precisa e concreta dos feitos e dos fundamentos de dereito que foron relevantes para o órgano administrativo

que ditou a resolución que lle permita coñecer ao administrado a razón fáctica e xurídica da decisión administrativa, o que posibilita o seu control polos tribunais do contencioso-administrativo, segundo se subliña na sentenza desta sala do 30 de novembro de 2004 (recurso de casación 3456/2002).

#### **REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Sentenza do Tribunal Supremo do 30 de novembro de 2004 (Sala do Contencioso-Administrativo), recurso de casación 3456/2002.

### **Artigo 36. Forma**

*1. Os actos administrativos produciranse por escrito a través de medios electrónicos, a menos que a súa natureza esixa outra forma máis adecuada de expresión e constancia.*

*2. Nos casos en que os órganos administrativos exerzan a súa competencia de forma verbal, a constancia escrita do acto, cando sexa necesaria, será efectuada e asinada polo titular do órgano inferior ou funcionario que a reciba oralmente, expresando na comunicación do acto a autoridade de que procede. Se se tratar de resolucións, o titular da competencia deberá autorizar unha relación das que ditase de forma verbal, con expresión do seu contido.*

*3. Cando se deba ditar unha serie de actos administrativos da mesma natureza, tales como nomeamentos, concesións ou licenzas, poderán refundirse nun único acto, acordado polo órgano competente, que especificará as persoas ou outras circunstancias que individualicen os efectos do acto para cada interesado.*

#### **COMENTARIO:**

Todo acto xurídico require unha forma de manifestación e un medio de exteriorización da vontade, xuízo ou desexo sobre o acto en cuestión. E, cando procede dunha pluralidade de persoas, incluso a formación do acto xurídico, está suxeita a unhas formalidades determinadas.



A regulación da exteriorización do acto poderá estar informada polo principio de liberdade de forma –así, en dereito civil, nos termos xerais do artigo 1.278 do CC– ou polo principio de formas taxadas.

O artigo 36, agora comentado, non introduce modificacións respecto do artigo 55 da LRXPA e refírese á forma en xeral, malia que existen outros artigos que tratan algúns aspectos concretos, coma o idioma en que deben manifestarse e as consecuencias da infracción dos requisitos formais (nulidade e anulabilidade do acto).

O artigo 47.1.e) da lei sanciona coa nulidade de pleno dereito a produción do acto “prescindindo total e absolutamente do procedemento legalmente establecido ou das normas que conteñen as regras esenciais para a formación da vontade dos órganos colexiados” e, o artigo 48.2, sanciona coa anulabilidade nos demais casos, salvo que non se prive o acto de alcanzar o seu fin ou non dea lugar a indefensión, en cuxo caso o acto será irregular.

Resulta complexo formular unha lista das infraccións que poden determinar a anulabilidade. Ante unha mesma infracción, a xurisprudencia unhas veces considéraa determinante de anulabilidade e outras non. Pero non existe contradición, xa que o problema ha de resolverse en atención ás circunstancias que concorren en cada caso concreto, xa que se esixe non unha indefensión formal, senón real e material.

Así, cando se trata da manifestación da vontade, as regras legais de forma apenas teñen importancia, pois a propia natureza do acto determina o modo de realizarse. Porén, cando se trata dunha declaración de vontade, a súa produción ofrece algúns problemas de carácter xeral e, particularmente, dous: o idioma e a oralidade ou escritura.

O idioma regúlase no artigo 15, a cuxo comentario nos remitimos.

Por outra banda, é innegable que a escritura constitúe a forma xeral de manifestación dos actos administrativos. A LPAC parece inclinarse, ao igual ca o artigo 55 da Lei 30/1992, por esta posición favorable á escritura como regra xeral, ao esixila sempre que “a súa natureza ou circunstancias non esixan ou permitan outra forma máis

adecuada de expresión e constancia”, segundo o artigo 36.1. Precepto que corrobora o resto do articulado, que presupón a forma escrita da maioría dos actos, tanto procedimentais coma de resolución.

O acto escrito non é senón unha das manifestacións do acto expreso. Os actos non manifestados por escrito poden ser expresos, tácitos e presuntos. Os actos expresos non escritos poden manifestarse verbalmente, por signos ou accións.

A manifestación en forma verbal do acto non está suxeita a requisitos de forma. O acto será válido e producirá efectos consonte as normas xerais, calquera que sexa a forma de expresión. Agora ben, se a produción non está suxeita a requisitos de forma, si pode estalo a constancia, xa que é necesario distinguir o exercicio en forma verbal das competencias –sexan ou non sancionadoras– e a suxeición, forma escrita da resolución que contén o resultado dese exercicio da competencia en forma verbal.

O artigo 36.2 establece o réxime da constancia escrita dos actos manifestados oralmente. Poden distinguirse dous supostos:

a. Actos dirixidos directamente ao administrado.

Segundo o artigo 36.2, deberá expresarse na comunicación do acto “a autoridade da que procede”. Isto non quere dicir que non se esixa a constancia escrita. Pois, en definitiva, cando se trate dun acto decisor, aínda cando sexa unha orde de policía, sempre será necesaria unha constancia escrita, aínda que sexa posteriormente e non no momento de producirse o acto. O autor deste deberá incorporar ao expediente instruído para o efecto unha acta ou un informe en que relate os feitos que reflectan as medidas adoptadas. Só así poderá verificarse con posterioridade a conformidade da actuación co ordenamento xurídico, nun ulterior control en vía administrativa ou xurisdiccional. Non debe confundirse forma escrita de constancia con forma escrita de produción.

b. Actos recibidos polo órgano inferior.

Se non se trata da resolución, unicamente se esixe a constancia escrita “cando sexa necesaria”. Agora ben, en canto os actos de trámite integran o procedemento con carácter esencial, deberá

quedar constancia destes no expediente, co fin de evitar os posibles vicios de anulabilidade que poidan derivarse da omisión. Ao tratarse dunha resolución, o órgano do que procede o acto deberá autorizar unha relación das que ditase de forma verbal, con expresión do seu contido.

c. Refundición nun só documento de varios actos.

Son requisitos de validez da “refundición” recollida no apartado terceiro do precepto analizado:

- En canto ao suxeito, que se acorde polo órgano competente.
- En canto ao obxecto, que os actos obxecto de refundición sexan da mesma natureza.

O precepto cita, como exemplo, os nomeamentos, licenzas e concesións. Pero pode aplicarse respecto de calquera outro tipo de actos. Aínda que parece que para que a refundición supoña unha auténtica simplificación ha de referirse a actos que, ademais dunha mesma natureza, conteñan unha serie de elementos comúns, de tal modo que sexa posible unha declaración xenérica común a todos eles, coa especificación do elemento diferencial, e hase evitar que aquela declaración xenérica –que constitúe o contido de todos– se repita tantas veces coma os elementos diferenciais.

Finalmente, respecto da actividade, non se esixe un acto formal diferenciado acordando a refundición. Bastará que, ao darse os supostos do precepto, ao chegar o momento de ditar os actos respectivos se elabore unha proposta nun documento único para todos que se someterá á sinatura do órgano competente.

#### **REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS.**

Beladéz (1994). *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Madrid, pp. 97 e ss.

De Castro (1971). *El negocio jurídico*, Madrid, pp. 227 e ss.

Martín Rebollo (1994). “Requisitos de los actos administrativos: motivación, forma y notificación”, en *Estudio de la LRJ de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común*, p. 169.

## CAPÍTULO II

### Eficacia dos actos

#### **Artigo 37. *Inderrogabilidade singular***

*1. As resolucións administrativas de carácter particular non poderán vulnerar o establecido nunha disposición de carácter xeral, aínda que aquelas procedan dun órgano de igual ou superior xerarquía ao que ditou a disposición xeral.*

*2. Son nulas as resolucións administrativas que vulneren o establecido nunha disposición regulamentaria, así como aquelas que incorran nalgunha das causas recollidas no artigo 47.*

#### **COMENTARIO:**

Segundo o artigo obxecto de estudo, a autoridade que ditou un regulamento e que, polo tanto, podería igualmente derrogalo, en cambio non pode aplicar o regulamento mediante un acto singular excepcional para un caso concreto, a non ser que este mesmo autorice a excepción ou a dispensa. Esta prohibición vai aínda máis alá, posto que tal prohibición alcanza non só a autoridade autora da norma, senón calquera outra, mesmo de superior xerarquía.

O artigo 37 establece, pois, un principio incondicionado de inderrogabilidade singular dos regulamentos que constitúe, máis ca un verdadeiro límite á potestade regulamentaria da Administración, unha regra no que atinxe á aplicación das normas regulamentarias.

Para explicar este principio, déronse diversas respostas doutriniais:

1. A nosa antiga xurisprudencia contencioso-administrativa recoñecera xa a regra da inderrogabilidade singular dos regulamentos en base ao principio de respecto aos dereitos adquiridos. Se a Administración lle negaba unha licenza a un particular que reunía todas as condicións esixidas polo regulamento aplicable e que por iso tiña un verdadeiro dereito a obtela, había que entender que esa negativa implicaba unha derogación singular do regulamentado con carácter xeral, atentatoria ao dereito recoñecido pola norma. Esta explicación

é válida, pero resulta incompleta, xa que non explica a prohibición da derogación singular da norma en beneficio do particular (dispensa).

2. Intentouse tamén explicar a regra da inderrogabilidade ao considerala como un correlato do principio de igualdade. No entanto, tampouco esta explicación é totalmente satisfactoria, xa que a regra en cuestión non prohibe sen máis o trato desigual, senón só a dispensa singular dun regulamento cando este mesmo non a prevé. Un regulamento pode, en efecto, prever a posibilidade de conceder en certos casos unha dispensa e isto non o prohibe a regra que estudamos, aínda que o outorgamento da dispensa prevista supoña, en principio, unha desigualdade de trato.

3. A explicación máis correcta da regra da inderrogabilidade singular dos regulamentos atópase realmente na construción técnica do principio de legalidade da Administración. A Administración está sometida, como suxeito de dereito que é, a todo o ordenamento e, xa que logo, tamén aos seus propios regulamentos. Función capital do ordenamento para a Administración é atribuírlle potestades. Ao estar sometida aos seus regulamentos e estes non prever a posibilidade da súa dispensa, a chamada derogación singular sería en rigor unha infracción do regulamento mesmo.

Ademais, o artigo 37.2 da LPAC establece que “son nulas as resolucións administrativas que vulneren o establecido nunha disposición regulamentaria, así como aquelas que incorran nalgunha das causas recollidas no artigo 47”.

O referido artigo 47 da LPAC establece o seguinte:

“1. Os actos das administracións públicas son nulos de pleno dereito nos casos seguintes:

- a) Os que lesionen os dereitos e liberdades susceptibles de amparo constitucional.
- b) Os ditados por órgano manifestamente incompetente por razón da materia ou do territorio.
- c) Os que teñan un contido imposible.
- d) Os que sexan constitutivos de infracción penal ou se diten como consecuencia desta.

- e) Os ditados prescindindo total e absolutamente do procedemento legalmente establecido ou das normas que conteñen as regras esenciais para a formación da vontade dos órganos colexiados.
- f) Os actos expresos ou presuntos contrarios ao ordenamento xurídico polos que se adquiren facultades ou dereitos, cando se careza dos requisitos esenciais para a súa adquisición.
- g) Calquera outro que se estableza expresamente nunha disposición con rango de lei.

2. Tamén serán nulas de pleno dereito as disposicións administrativas que vulneren a Constitución, as leis ou outras disposicións administrativas de rango superior, as que regulen materias reservadas á lei, e as que establezan a retroactividade de disposicións sancionadoras non favorables ou restritivas de dereitos individuais”.

Dada esta regulación, coincidente co establecido respecto diso pola LRXPAC (o recorrido artigo 62), a novidade que incorpora a LPAC no apartado 2 do artigo 37 antes visto resulta difícil de entender dada a desafortunada dicción literal que parece ignorar a distinción entre actos nulos de pleno dereito (artigo 47) e anulables (artigo 48), afirmando a nulidade por infracción dunha disposición de carácter regulamentario. Claramente, o artigo 37.2 da LPAC comparte no seu primeiro inciso teor literal co artigo 23.4 da Lei 50/1997, do 27 de novembro, do Goberno, a súa versión anterior á que lle outorga a disposición derradeira 3.12 da LRXSP, pois dispoñía que “son nulas as resolucións administrativas que vulneren o establecido nun regulamento, aínda que sexan ditadas por órganos de igual ou superior xerarquía ca o que o aprobou”.

Como vemos, hoxe é difícil saber, e algo deberá dicir a xurisprudencia, se estamos ante unha nova e desafortunadamente redactada versión da inderrogabilidade singular dos regulamentos ou, sen máis, ante un máis que discutible suposto adicional de nulidade de pleno dereito.

## Artigo 38. *Executividade*

*Os actos das administracións públicas suxeitos ao dereito administrativo serán executivos conforme o disposto nesta lei.*

### COMENTARIO:

Dentro do estudo da teoría dos actos administrativos, hai que poñer de manifesto dous importantes privilexios da Administración que fan diferenciar a súa posición xurídica da do resto dos suxeitos de dereito e que determinan a súa configuración como unha persoa xurídica superior.

O privilexio da executividade dos actos administrativos que exime a Administración, a diferenza do que sucede cos administrados, de acudir aos tribunais de xustiza para obter o recoñecemento dos seus dereitos ou das súas pretensións, ao poder decláralos por si mesma, é o que se define en dereito como “autotutela declarativa”. Este privilexio exprésase no artigo 38, que é o obxecto de estudo, e non ofrece ningunha novidade do anterior artigo 56 LPAC, segundo o cal “os actos das administracións públicas suxeitos ao dereito administrativo serán executivos conforme o disposto nesta lei”.

A natureza xurídica do privilexio de executividade pode determinarse a través das seguintes características xurídicas:

1. Ten carácter apriorístico. Este privilexio significa exclusivamente que a actividade administrativa non se atopa a priori mediatizada polos tribunais. Agora ben, outra cousa moi diferente é eximila de control a posteriori polos tribunais, exención inadmisíble no noso dereito por dúas razóns:

- a) A formulación constitucional do principio de legalidade administrativa, principalmente nos artigos. 9.1, 103 e 106 da CE. Particularmente, o artigo 106 dispón que os tribunais controlan a legalidade da actuación administrativa.
- b) A existencia dunha xurisdición contencioso-administrativa, que é unha xurisdición ordinaria, aínda que especializada e plenamente encadrada no poder xudicial.

2. Ten unha natureza eminentemente procesual e, consecuencia diso, os seus efectos fundamentais son:

- a) Determina unha presunción de validez *iuris tantum*, nos termos que sinala o artigo 39 que examinaremos. Esta presunción de validez produce unha inversión da carga da proba. É ao particular a quen lle incumbe a demostración da invalidez do acto.
- b) Establece, como regra xeral, a inadmisibilidade da suspensión do acto administrativo. Iso lévanos a conectar o privilexio da executividade co da executoriedade ou executividade inmediata do acto.

Porén, a executividade do acto administrativo —é dicir, a posibilidade de levar a cabo de forma inmediata o acto administrativo— está suxeita a unha serie de límites:

1. A vinculación da Administración aos seus propios actos declarativos de dereitos impídelle formalmente volver contra eles por outro signo de contrario, a menos que se trate de actos radicalmente nulos de pleno dereito. Nos demais casos, deberá acudir á súa impugnación contencioso-administrativa logo da declaración de lesividade (artigo 43 da Lei 29/1998, do 13 de xullo, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa). Por exemplo, se a Administración lle recoñece unha exención tributaria a unha empresa e, posteriormente, entende que se equivocou, non pode deixar sen efecto tal beneficio, salvo que o acto sexa nulo de pleno dereito. Se é só anulable, debe a Administración declarar lesivo o acto e, posteriormente, solicitar a súa anulación ante a xurisdición contencioso-administrativa.

2. A posibilidade de suspender en vía de recurso administrativo ou xurisdicional a execución do acto recorrido. É dicir, cando a execución do acto poida causar prexuízos de imposible ou difícil reparación ou o recurso administrativo alegue que o acto impugnado e cuxa suspensión se solicite incorre nalgunha das causas de nulidade de pleno dereito. Unha vez esgotada a vía administrativa, tamén se pode solicitar a suspensión, de conformidade cos artigos 129 e seguintes da Lei da xurisdición contencioso-administrativa.



Neste sentido, o Tribunal Constitucional declarou na Sentenza 199/1998, do 13 de outubro, que do artigo 106.1 da CE se deriva que a actuación administrativa está sometida ao control de legalidade dos tribunais, e o artigo 117.3 atribúelles a estes non só a potestade de xulgar, senón tamén a de executar o xulgado. De modo que se os particulares acoden ante estes para impugnar os actos da Administración e, se for o caso, para que decidan sobre a executividade ou a suspensión destes, o dereito dos cidadáns á tutela xudicial efectiva garantido no artigo 24.1 implica que os órganos xudiciais se deban pronunciar sobre ambos os aspectos, con independencia do sentido concreto da decisión. Polo que se refire á executividade ou suspensión dos actos, xa na sentenza do Tribunal Constitucional 66/1984 se declarou que o dereito á tutela se satisfai facilitando que a execución poida ser sometida á decisión dun tribunal e que este, coa información e contradición que resulte, resolva sobre a suspensión. E en sentido similar afirmouse que a protección dos tribunais da orde contencioso-administrativo inclúe a facultade de suspender cautelarmente os actos de execución, nos termos que resulten precisos para garantir a tutela xudicial dos dereitos implicados.

Por imperativo do artigo 24.1 da CE, a prestación da tutela xudicial ha de ser efectiva e iso obriga a que, cando o órgano xudicial competente se pronuncie sobre a executividade ou suspensión a el sometida, a súa decisión poida levala a cabo, o que impide que outros órganos do Estado, sexan administrativos ou doutra orde xurisdiccional distinta, resolvan previamente sobre tal pretensión. Deste xeito, interfírese no proceso xudicial de que coñece o tribunal competente e convértese en ilusoria e ineficaz a tutela que puidese dispensar este. Ata que non se tome a decisión respecto diso polo tribunal competente, o acto non pode ser executado pola Administración, porque en tal hipótese esta converteuse en xuíz, pero tampouco cabe a execución por outro órgano xudicial distinto porque esta eventualidade impediría que aquel tribunal, o competente, puidese conceder eficazmente a tutela tal e como lle impón o dereito fundamental.

No entanto, existe unha especificación no caso das sancións tributarias, e é que a súa execución queda automaticamente suspen-

dida pola interposición dun recurso ou reclamación administrativa sen necesidade de achegar garantías ata que sexan firmes en vía administrativa.

3. A protección que o Rexistro da Propiedade lle outorga ao titular inscrito (artigos 1, 34 e 38 da Lei hipotecaria).

4. A prohibición de interditos contra a Administración só se produce respecto das “actuacións dos órganos administrativos realizadas en materia da súa competencia e de acordo co procedemento legalmente establecido. Fóra destes casos, a Administración actúa por vía de feito e cabe a posibilidade de solicitar medidas cautelares, de conformidade co artigo 136 da Lei 29/1998, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa, antes mesmo da interposición do recurso contencioso-administrativo fronte á vía de feito da Administración.

Na actualidade, o privilexio de executividade considérase como unha manifestación do principio de autotutela administrativa, xustificado materialmente na necesidade de que se produza unha xestión rápida e eficaz dos asuntos que teñen encomendados as administracións públicas e que, pola súa natureza, non poden ser sometidos a situacións de pendencia, en tanto non se revisen polos tribunais.

Respecto da executividade dos actos administrativos e a posibilidade da súa suspensión, hai que facer expresa referencia ás especialidades en materia tributaria. Neste ámbito, pártese da teoría xeral do acto administrativo, pero hai que ter presente que o artigo 224 da Lei 58/2003 xeral tributaria prevé que, en caso de interpoñerse o recurso de reposición, a execución do acto impugnado quedará suspendida automaticamente a instancia do interesado se se garante o importe de devandito acto, os xuros de mora que xere a suspensión e as recargas que puidesen proceder no momento da solicitude de suspensión.

Se a impugnación afectase a unha sanción tributaria, a súa execución quedará suspendida automaticamente sen necesidade de achegar garantías (véxase o artigo 212.3 da Lei 58/2003). Se a impugnación afectase a un acto censual relativo a un tributo de xes-

tión compartida, non se suspenderá en ningún caso, por este feito, o procedemento de cobro da liquidación que poida practicarse. Iso sen prexuízo de que, se a resolución que se dite en materia censual afectase o resultado da liquidación aboada, se realice a correspondente devolución de ingresos.

De se tratar dunha reclamación económico-administrativa, o artigo 233 prevé a suspensión en termos parecidos.

#### **REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS.**

Sentenza 199/1998, do 13 de outubro, do Tribunal Constitucional.  
Sentenzas 76 e 238/1992, 148 e 341/1993 e 78/1996 do Tribunal Constitucional.

Autos 265/1985, 604/1986, 458, 930 e 1095/1988 e 116/1995 do Tribunal Constitucional.

Autos 371/1991 e 85/1992 do Tribunal Constitucional.

#### **Artigo 39. Efectos**

1. *Os actos das administracións públicas suxeitos ao dereito administrativo presumiranse válidos e producirán efectos desde a data en que se diten, salvo que neles se dispoña outra cousa.*

2. *A eficacia quedará demorada cando así o esixa o contido do acto ou estea supeditada á súa notificación, publicación ou aprobación superior.*

3. *Excepcionalmente, poderá outorgarse eficacia retroactiva aos actos cando se diten en substitución de actos anulados, así como cando produzan efectos favorables ao interesado, sempre que os supostos de feito necesarios existisen xa na data a que se retrotraia a eficacia do acto e esta non lesione dereitos ou intereses lexítimos doutras persoas.*

4. *As normas e actos ditados polos órganos das administracións públicas no exercicio da súa propia competencia deberán ser observadas polo resto dos órganos administrativos, aínda que non dependan xerarquicamente entre si ou pertenzan a outra Administración.*

5. *Cando unha Administración pública teña que ditar, no ámbito das súas competencias, un acto que necesariamente teña por base outro dita-*

*do por unha Administración pública distinta e aquela entenda que é ilegal, poderá requirir a esta previamente para que anule ou revise o acto de acordo co disposto no artigo 44 da Lei 29/1998, do 13 de xullo, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa e, se rexeitar o requirimento, poderá interpoñer recurso contencioso-administrativo. Nestes casos, quedará suspendido o procedemento para ditar resolución.*

### **COMENTARIO:**

Por eficacia dos actos administrativos enténdese, en sentido amplo, a produción dos efectos propios de cada un, definindo dereitos e creando obrigas de forma unilateral. En sentido máis limitado, a eficacia adóitase referir ao tempo ou momento a partir do cal o acto administrativo produce eses efectos. O sistema administrativo español, do mesmo xeito que ocorre cos sistemas do noso ámbito máis próximo, como Francia, Alemaña e Italia, caracterízase por que a Administración goza da potestade de executividade inmediata dos seus actos (que se contén no artigo 38 da LPAC, xa analizado) e estes producen efectos xurídicos desde o primeiro momento. No entanto, convén tamén dicir que non todos os actos administrativos producen a mesma eficacia xurídica. Con relación á súa eficacia, existen sen dúbida diferenzas entre os actos favorables e os desfavorables ou de gravame, e tamén é de considerar a existencia de actos que producen efectos fronte a terceiros alleos a este, por non ser os seus destinatarios.

Á marxe destas hipóteses, que distinguen a eficacia dos actos segundo o seu contido ou o seu ámbito subxectivo, a regra xeral relativa á eficacia do acto contense no artigo 39 da LPAC e caracterízase polos seguintes principios xerais:

#### 1. Presunción de legalidade

De acordo co artigo analizado, os actos das administracións públicas suxeitos ao dereito administrativo presumiranse válidos e producirán efectos desde a data en que se diten, salvo que neles se dispoña outra cousa.

Este artigo establece unha presunción de validez *iuris tantum* que traslada ao particular afectado polo acto a carga de probar a súa invalidez a través da correspondente impugnación.

Sinala a doutrina que, para que a presunción opere, é necesario que o acto reúna unhas condicións externas mínimas de lexitimidade. Quere isto dicir que a presunción de validez que a lei establece non é algo gratuito e carente de fundamento, senón algo que se apoia nunha base real que lle presta, en principio, unha certa xustificación. O acto administrativo presúmese lexítimo na medida en que emana dunha autoridade que o é igualmente. Xa que logo, cando o propio aspecto externo do acto desminta a súa procedencia dunha autoridade lexítima desaparece o soporte mesmo da presunción legal. Así ocorre cando tal autoridade é manifestamente incompetente ou cando demostra selo, ao ordenar condutas imposibles ou delituosas, ou ao adoptar as súas decisións con total e absoluto esquecemento dos procedementos legais. Sucede así que o acto é absoluta e radicalmente nulo (nulidade de pleno dereito) e por iso non é susceptible de producir efecto ningún. Esta formulación foi ratificada pola actual LPAC que autoriza a suspender os actos nulos de pleno dereito, o que exclúe a regra xeral da eficacia inmediata. Na base desta determinación legal está, pois, a idea de que a presunción de validez só opera a partir dunhas condicións externas mínimas que, por hipóteses, non reúnen os actos nulos de pleno dereito, aos que en consecuencia non se lles pode recoñecer eficacia xurídica ningunha.

Na práctica, hai que ter en conta que a eficacia dun acto é, en definitiva, unha cuestión de feito, e que a propia Administración pode impoñer materialmente os seus actos, sempre que o acto mesmo sexa susceptible por si mesmo de producir algunha clase de efectos. Dito doutro xeito, salvo no suposto de actos inexistentes (por exemplo, a multa de tráfico imposta por un simple particular), todos os demais actos administrativos, mesmo os afectados dun vicio de nulidade de pleno dereito, poden ser materialmente eficaces, e esta eficacia material só poderá ser destruída polo particular que a soporta utilizando as vías de recurso procedentes.

## 2. Principio de eficacia inmediata

Malia que o artigo 39 establece como regra xeral a eficacia inmediata do acto, iso non está exento de excepcións. O propio artigo refírese ao suposto de que no mesmo acto se dispoña outra cousa; é dicir, que sinala a data a partir da cal vai producir efectos.

Pola súa banda, o artigo 39.2 fai referencia aos supostos en que a eficacia do acto administrativo pode quedar demorada e establece o seguinte: “A eficacia quedará demorada cando así o esixa o contido do acto ou estea supeditada á súa notificación, publicación ou aprobación superior”.

Respecto da demora na eficacia –cando así o esixa o contido do acto–, parte da premisa da imposibilidade fáctica da produción de efectos do acto porque este require dun orzamento material, e alleo a el, que aínda non se cumpriu cando o acto se dita. Non se trata propiamente dunha condición, porque non depende a eficacia dun acontecemento futuro, senón dun puro e simple requisito de aplicabilidade atinente a algo exterior ao acto mesmo, e alleo á vontade da Administración ou dos particulares. Podería dicirse ata que o acto é en si mesmo “eficaz” pero non pode materializarse, polo que a súa eficacia permanece no plano da pura teoría.

En canto ao suposto en que a eficacia do acto estea supeditada á súa notificación, ocorre naqueles casos en que é preciso algo máis ca o ditado do acto para que produza efectos, é necesario que o acto sexa notificado en forma ou, se así procede, publicado convenientemente, unha regra que opera en garantía do cidadán.

O artigo 40 da LPAC dispón con carácter xeral que “se lles notificarán aos interesados as resolucións e actos administrativos que afecten os seus dereitos ou intereses”. A obriga vén enmarcada, xa que logo, obxectiva e subxectivamente. Desde o primeiro punto de vista, a obriga de notificar refírese ás resolucións; isto é, aos actos que poñen fin a un procedemento, que son os que, por esta razón, afectan directamente os dereitos e intereses do seu destinatario. No entanto, a lei suxeita tamén a esta obriga os demais actos dos que poida derivar, sequera indirectamente, unha afección semellante; isto é,

os actos de trámite que, polo seu contido, incidan nos dereitos de defensa do interesado no procedemento.

Desde un punto de vista subxectivo, a obriga non alcanza todos os administrados que teñan unha determinada relación coa Administración, senón só a aqueles que teñan a condición de interesados en sentido técnico no procedemento, ao que se refire o artigo 4 da lei.

O carácter estritamente formal da notificación comporta unha consecuencia capital: unha notificación que non sexa feita na debida forma non produce efectos, do cal se segue que a propia resolución notificada tampouco poderá producilos en contra do interesado, xa que a notificación demora o comezo da eficacia do acto.

Esta regra xeral non admite hoxe outra excepción que a contida no artigo 40.3 da LPAC, segundo o cal as notificacións que conteñan o texto íntegro do acto, pero que omitan algún dos demais requisitos esixidos no apartado anterior, producirán efecto a partir da data en que o interesado realice actuacións que supoñan o coñecemento do contido e do alcance da resolución ou do acto obxecto da notificación ou interpoña calquera recurso que proceda.

A publicación dos actos administrativos non ten nada en común coa publicación das disposicións xerais. Como sinalan García Enterría, “é un puro sucedáneo da notificación”, con[ igual transcendencia ca esta respecto do “acto administrativo que teña por destinatario unha pluralidade indeterminada de persoas” [art. 45.1.a) da LPAC]. A indeterminación previa dos destinatarios do acto e a ausencia de interesados en sentido propio son, pois, os supostos determinantes da procedencia da publicación que non escusa en ningún caso o deber da Administración de notificar o acordo publicado respecto dos que, “ao comparecer no procedemento saíron do anonimato para mostrarse, en definitiva, parte interesada no expediente”. Debe advertirse, finalmente, que o rigoroso sistema descrito está configurado pola lei exclusivamente como unha garantía do administrado e, en consecuencia, debe ser interpretado e aplicado desde esta perspectiva. A falta de notificación en forma (ou de publicación, se for o caso) demora a eficacia do acto cando este é susceptible de lle producir un prexuízo ao seu destinatario, pero non en caso contrario. Neste sen-

tido, García Enterría observa que o acto favorable non notificado ou defectuosamente notificado si produce os efectos que lle son propios.

Por iso tampouco pode dicirse que a notificación opere como unha condición *sine quae non* da eficacia do acto. Haberá que estar ao tipo de acto de que se trate e ao significado institucional que o réxime de notificación ten, para o que haberá de terse en conta a abundante xurisprudencia que analiza as relacións entre notificación e eficacia do acto cando esta é defectuosa.

Outro dos supostos en que a lei admite a demora da eficacia é o da esixencia de “aprobación superior”. Ocorre naqueles supostos en que, aínda que o acto se presume valido, para que teña lugar a produción dos seus efectos precísase a intervención dun órgano distinto ao que o emite, intervención aprobatoria que se produce a posteriori e que é diferente da que se produce cando se esixe autorización, “a cal afectaría a validez do acto”, pero non á súa eficacia, dado que a autorización ha de ter lugar antes do nacemento mesmo do acto. Podería dicirse que, neste caso si, a eficacia do acto queda suxeita a unha condición suspensiva de aprobación, que é unha manifestación típica da tutela que uns entes administrativos exercen sobre outros, cuxa esixencia non afecta en absoluto a perfección nin a validez do acto inferior.

Tamén son excepcións á eficacia inmediata do acto administrativo a suspensión –que se trata no artigo comentado da suspensión dos actos administrativos– e a retroactividade.

De acordo co artigo 39.3 da LPAC, “excepcionalmente, poderá outorgarse eficacia retroactiva aos actos cando se diten en substitución de actos anulados e, así mesmo, cando produzan efectos favorables ao interesado, sempre que os supostos de feito necesarios existisen xa na data a que se retrotraia a eficacia do acto e esta non lesione dereitos ou intereses lexítimos doutras persoas”.

A xurisprudencia do Tribunal Supremo precisou que a regra xeral é que os actos administrativos sexan irretroactivos. Certo é que existen excepcións, pero iso é unicamente cando se dean os supostos previstos na lei, e sempre que os actos sexan favorables e non lesionen dereitos ou intereses lexítimos doutras persoas. A eficacia



retroactiva dos actos favorables está condicionada, ademais, a que se dean os supostos de feito necesarios na data á que se pretenda retrotraer a eficacia do acto.

Aínda que a lei pode establecer a retroactividade (art. 2.3 do Código civil), é máis que dubidoso que poida facelo o regulamento en base a un criterio interpretativo. A consagración do principio da irretroactividade responde á finalidade de protexer os administrados de posibles intromisións da Administración nas súas esferas ou situacións privativas e por iso só se admite a retroactividade cando se produzan resultados favorables para os interesados. En igual sentido, o artigo 9.3 da Constitución española garante o principio respecto das disposicións sancionadoras non favorables ou restritivas de dereitos individuais. Por iso, pode sosterse o rexeitamento da retroactividade *in peius* dos regulamentos por quedar fóra do seu ámbito normativo, os cales só poden lograr eficacia *ex nunc*, ao quedar, como materia reservada á lei, a retroactividade normativa.

O lexislador configura a retroactividade dos actos administrativos para supostos establecidos con carácter excluínente que constitúan situacións dunha acusada singularidade, o que lle atribúe á posibilidade de retroactividade un verdadeiro carácter extraordinario, impregnado de peculiaridade, fronte ao obrar ou proceder normal.

Suscitouse pola doutrina se o recoñecemento da eficacia retroactiva constitúe ou non unha potestade discrecional, xa que na dicción da norma se sinala que “poderá outorgarse”, pero a resposta ha de ser negativa xa que o anterior supoñería tanto como lle recoñecer á Administración un ámbito non susceptible de control, cando o certo é que o que se lle outorga á Administración con este precepto é unha facultade cuxo exercicio e utilización haberá de promoverse cando concorran as circunstancias que a habiliten.

Para rematar, o apartado quinto do artigo analizado prevé que “cando unha Administración pública teña que ditar, no ámbito das súas competencias, un acto que necesariamente teña por base outro ditado por unha Administración pública distinta e aquela entenda que é ilegal, poderá requirir a esta previamente para que anule ou revise o acto de acordo co disposto no artigo 44 da Lei 29/1998, do

13 de xullo, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa e, de rexeitar o requirimento, poderá interpoñer recurso contencioso-administrativo. Nestes casos, quedará suspendido o procedemento para ditar resolución”.

O requirimento previo é a facultade potestativa que ten unha Administración pública antes de interpoñer recurso contencioso-administrativo contra a actuación administrativa doutra Administración para solicitar que derroque a disposición, anule ou revogue o acto, cese ou modifique a actuación material ou inicie a actividade á que está obrigada.

O artigo 44 da Lei 29/1998, do 13 de xullo, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa (LXCA) configura como dilixencia preliminar o requirimento previo nos litixios entre administracións públicas.

Nese caso, no que unha Administración pública queira combater a disposición, acto, actuación ou inactividade doutra Administración, non está permitida a súa impugnación en vía administrativa e a previsión é que acuda directamente á orde contencioso-administrativa (art. 44.1 da LXCA ) sen que sexa preciso, como requisito, o previo esgotamento da vía administrativa.

Trátase dunha consecuencia dos principios xerais de cooperación e colaboración que deben rexer as relacións entre as diferentes administracións públicas, polo que a previsión normativa do requirimento previo se configura como un medio alternativo e potestativo para que os conflitos entre diferentes administracións poidan ser resoltos sen necesidade de litigar e, no caso de que o requirimento efectuado non sexa atendido, o conflito haberá de resolverse en vía xudicial, de maneira que cando estamos en presenza dun litixio entre dúas administracións, con carácter previo á interposición dun recurso contencioso administrativo, posibilitase o requirimento previo con carácter potestativo para a reconsideración da posturas das Administracións en conflito.

A forma na que o artigo 44.1 da LXCA regula o requirimento previo non supón a súa configuración como un orzamento procesual cuxa omisión dea lugar á inadmisibilidade da pretensión procesual.

O requirimento previo nos litixios entre as administracións públicas está configurado como un procedemento potestativo para a Administración pública lexitimada como demandante que, no caso de obter satisfacción das súas pretensións, evitará o proceso administrativo.

Este requirimento previo potestativo tamén se atopa previsto para o caso da impugnación das actuacións materiais da Administración constitutivas de vía de feito, fronte ás que se establece que o interesado poderá formular requirimento á Administración actuante intimando o seu cesamento (art. 30 da LXCA).

#### **REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Sentenza do 28 de decembro de 2011 do Tribunal Supremo (Sala 3.<sup>a</sup> do Contencioso-Administrativo).

#### **Artigo 40. Notificación**

1. *O órgano que dite as resolucións e actos administrativos notificaraos aos interesados cuxos dereitos e intereses sexan afectados por aqueles, nos termos previstos nos artigos seguintes.*

2. *Toda notificación deberá ser cursada dentro do prazo de dez días a partir da data en que o acto fose ditado, e deberá conter o texto íntegro da resolución, con indicación de se pon fin ou non á vía administrativa, a expresión dos recursos que procedan, se for o caso, en vía administrativa e xudicial, o órgano ante o cal se deban presentar e o prazo para interpoñelos, sen prexuízo de que os interesados poidan exercer, se for o caso, calquera outro que consideren procedente.*

3. *As notificacións que, contendo o texto íntegro do acto, omitan algún dos demais requisitos previstos no número anterior, producirán efecto a partir da data en que o interesado realice actuacións que supoñan o coñecemento do contido e alcance da resolución ou acto obxecto da notificación, ou interpoña calquera recurso que proceda.*

4. *Sen prexuízo do establecido no número anterior, e só para os efectos de entender cumprida a obriga de notificar dentro do prazo máximo de duración dos procedementos, será suficiente a notificación que conteña,*

*cando menos, o texto íntegro da resolución, así como o intento de notificación debidamente acreditado.*

*5. As administracións públicas poderán adoptar as medidas que consideren necesarias para a protección dos datos persoais que consten nas resolucións e actos administrativos cando estes teñan por destinatarios máis dun interesado.*

### **COMENTARIO:**

A notificación dos actos administrativos ten unha importancia fundamental para a Administración dado que, cando esta é necesaria, os actos non poden producir efectos ata que teña lugar. Tamén ten unha importancia capital para o cidadán, dado que as notificacións lle dan coñecemento dos actos administrativos que o afectan e lle permiten interpor os correspondentes recursos para a súa defensa.

O Tribunal Supremo diferencia entre o acto obxecto de notificación e a notificación en si mesma e considera a notificación como un acto autónomo e independente do acto notificado, o cal pode conservar a súa validez aínda que sexa anulada a notificación. É así, a Sentenza do Tribunal Supremo do 20 de xuño de 2007 establece que: “En consecuencia, a notificación pode conceptuarse como o acto administrativo que tende a poñer en coñecemento das persoas a que afecta un acto administrativo previo. O acto de notificación, pois, presenta, en consecuencia, unha natureza independente do acto que se notifica ou publica, significando ou determinando o comezo da eficacia deste último. Este presenta unha dobre finalidade segundo se considere desde a perspectiva da Administración actuante ou do administrado. No que respecta ao notificado, vertente relevante no suposto que hoxe nos ocupa, pretende que este teña coñecemento do concreto acto administrativo que o afecta para que, deste modo, poida cubri-lo e, se lle interesa ao seu dereito, poida exercer os dereitos de que se crea asistido en vía de recurso. Desde a óptica da Administración, a notificación ou publicación supón que esta teña constancia de que o particular coñece o acto e que pode esixir o seu cumprimento adoptando, para o efecto, as medidas pertinentes”.

Nos dous primeiros parágrafos deste artigo establécese que é o que debe notificarse e cando debe facerse a notificación. E así establécese, en primeiro lugar, que ten que ser obxecto de notificación todo acto e resolución que afecte os dereitos e intereses das persoas interesadas. En segundo lugar, indícase o tempo en que a notificación debe practicarse e establécese un prazo de dez días desde o ditado do acto ou resolución. En relación co mencionado prazo cabe indicar, tal e como o fai a xurisprudencia, que se trata dun prazo cuxo incumprimento non afecta a validez do acto, pois este é cualificado como unha mera irregularidade non invalidante.

A continuación, o artigo 40.2 establece cales son os cinco requisitos necesarios para que a notificación sexa correcta. Estes requisitos son a inclusión do texto íntegro da resolución, a indicación de se o acto pon fin ou non á vía administrativa, dos recursos que procedan contra o acto tanto en vía administrativa como xudicial, do órgano ante o cal deba presentarse o recurso e do prazo para a súa interposición. Destes cinco requisitos, o primeiro, relativo ao texto íntegro da resolución, é un requisito imprescindible para que unha notificación defectuosa poida ser obxecto de emenda. En efecto, de conformidade co artigo 40.3, o texto íntegro da resolución devén imprescindible, pois a súa ausencia determina a imposibilidade de emenda que prevé o artigo 40.3 en relación cunha notificación defectuosa. Así pois, enténdense por notificación defectuosa toda aquela que non teña os cinco requisitos establecidos no artigo 40.2 e só serán susceptibles de emenda cando conteñan o texto íntegro da resolución. A posibilidade de emenda que prevé o artigo 40.3 pode realizarse a través de dúas maneiras, pola interposición de calquera recurso que proceda ou pola realización de actuacións que supoñan o coñecemento e alcance da resolución. Polo que se refire ao resto dos requisitos, cabe dicir que estes conforman o que se denomina “pé de recurso”. Ao respecto tan só hai que indicar dúas cuestións. A primeira, que a mención aos recursos que procedan se entende feita aos recursos ordinarios procedentes, non é obrigatorio indicar a posibilidade de interpoñer recursos extraordinarios. Neste sentido pronúnciase a Sentenza do Tribunal Supremo do 7 de novembro de 2011. E a segunda, que é xurisprudencia consolidada a que establece

que o erro cometido pola Administración no pé de recurso, con carácter xeral, non pode prexudicar o interesado.

Polo que se refire ao artigo 40.4 debemos partir da Sentenza do Tribunal Supremo do 3 de decembro de 2013, que fixa nova doutrina legal de cando se deben entender resoltos en prazo os procedementos administrativos. Esta doutrina é fixada cos efectos do artigo 100.7 da LXCA, isto é, con carácter vinculante, e por iso foi publicada no BOE.

Antes de comentar a citada sentenza do Tribunal Supremo, cómpre ter en conta os seguintes antecedentes:

- Para considerar cumprido o prazo para resolver, dentro do recollido para cada procedemento, non só hai que ditar a resolución senón que hai que proceder á súa notificación (art. 21.2).
- De todas as formas, segundo o artigo 40.4, abonda, para considerar cumprido ese prazo para resolver, “o intento de notificación debidamente acreditado”.
- Sabemos que, se non se resolve en prazo, concretamente, se dentro dese prazo non se resolve e se acaba ese “intento de notificación debidamente acreditado”, nos procedementos de oficio (por exemplo, sancionadores) aparece a caducidade e nos iniciados por instancia de parte, o silencio, como regra xeral, o silencio positivo, de aí a importancia desta cuestión.
- A Sentenza do Tribunal Supremo do 17 de novembro de 2003 emitira doutrina legal, con eses efectos de vinculación do artigo 100.7 da LXCA, onde interpretou que ese “intento de notificación” quedaba satisfeito “no momento en que a Administración reciba a devolución do envío, por non lograrse practicar a notificación”. Estábase a tratar, maiormente, de como entender ese inciso de “intento de notificación debidamente acreditado”, para os efectos de considerar cumprido o prazo para resolver, nos casos de notificación vía postal, onde a notificación domiciliaria resultase infrutuosa. Polo tanto, para esa doutrina legal, dentro do prazo había que resolver, facer os dous intentos de notificacións no domicilio e que a

Administración recibise a devolución do envío, de Correos, que é o medio máis utilizado. Este aspecto de que dentro do prazo –por exemplo, seis meses– a Administración obtivese tamén a recepción da devolución do xustificante por Correos era tremendamente problemático.

A maiores, foron aspectos relevantes dos ditos ao longo desa sentenza os seguintes: a) o “intento de notificación” nunca se pode equiparar a completar todo o proceso notificador (por exemplo, non pode incluír os edictos, publicación...), sen prexuízo de que, por suposto, hai que culminar tal proceso, pero para os efectos da correcta notificación, non de ter cumprido o prazo para resolver; b) o intento de notificación só aparece cos efectos aludidos se se practicou coas prevencións legais (artigo 59 da LRX-PAC) e regulamentarias; e c) no caso de notificación infrutuosa, o intento debe incluír a dobre tentativa no domicilio ou, de ser o caso, un dos supostos de rexeitamento.

A Sentenza do Tribunal Supremo do 3 de decembro de 2013 corrixe esa necesidade de obter no prazo para resolver esa devolución do xustificante de recepción para dicir que basta con que nese prazo apareza o dobre intento de notificación (ou o rexeitamento), o cal é moito máis favorable para a xestión dos procedementos. O momento en que recibe a Administración o xustificante de recepción cos dous intentos infrutuosos xa é indiferente para os efectos que nos ocupan.

Como recolle a propia Sentenza do Tribunal Supremo do 3 de decembro de 2013, referido ao axuízado: “rexeitamos aquel primeiro motivo de impugnación, pois os dous intentos de notificación de que demos conta leváronse a cabo antes de que vencese o prazo de duración do procedemento sancionador”.

En concreto, a doutrina legal que se corrixe é:

“Rectificamos a doutrina legal declarada na Sentenza deste Tribunal Supremo do día 17 de novembro de 2003, ditada no recurso de casación en interese da Lei 128/2002, no sentido, e só nel, de substituír a frase do seu parágrafo segundo que di «[...] o intento de notificación queda culminado, para os

efectos do artigo 58.4 da Lei 30/1992, no momento en que a Administración reciba a devolución do envío, por non lograrse practicar a notificación [...]», por esta outra: «o intento de notificación queda culminado, para os efectos do artigo 58.4 da Lei 30/1992, na data en que se levou a cabo»”.

Destacamos que o resto das consideracións da Sentenza do Tribunal Supremo do 17 de novembro de 2003 seguen vixentes.

Malia ser certo que esta doutrina legal o foi para o artigo 58.4 da LRX-PAC, entendemos que a mesma é aplicable para o artigo que agora comentamos, en tanto que o teor literal do artigo 40.4 é idéntico á do anterior artigo 58.4 polo que, cando se aplique o artigo 40.4, debe terse en conta a doutrina que agora comentaremos, aínda que só para as notificacións en papel, pois para as notificacións por medios electrónicos, como veremos a continuación, a súa práctica faise de conformidade co artigo 43 e, en concreto, polo que se refire ao cumprimento da obriga de notificar, o artigo 43.3 establece a especialidade de que se entenderá cumprida coa posta á disposición da notificación na sede electrónica da Administración ou organismo actuante ou no enderezo electrónico habilitado único.

#### **REFERENCIAS XURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 5.<sup>a</sup>), do 20 xuño de 2007, recurso de casación núm. 8321/2003.

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 7.<sup>a</sup>), do 7 novembro de 2011, recurso de casación núm. 6053/2009.

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Pleno), do 3 decembro de 2013, recurso de casación núm. 557/2011.

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 3.<sup>a</sup>), do 17 novembro de 2003, recurso de casación en interese de lei núm. 128/2002.



## **Artigo 41. Condicións xerais para a práctica das notificacións**

1. As notificacións se practicarán preferentemente por medios electrónicos e, en todo caso, cando o interesado resulte obrigado a recibilas por esta vía.

Non obstante o anterior, as administracións poderán practicar as notificacións por medios non electrónicos nos seguintes supostos:

- a) Cando a notificación se realice con ocasión da comparecencia espontánea do interesado ou o seu representante nas oficinas de asistencia en materia de rexistro e solicite a comunicación ou notificación persoal nese momento.
- b) Cando para asegurar a eficacia da actuación administrativa resulte necesario practicar a notificación por entrega directa dun empregado público da Administración notificante.

Con independencia do medio utilizado, as notificacións serán válidas sempre que permitan ter constancia do seu envío ou posta á disposición, da recepción ou acceso polo interesado ou o seu representante, das súas datas e horas, do contido íntegro, e da identidade fidedigna do remitente e destinatario. A acreditación da notificación efectuada incorporárase ao expediente.

Os interesados que non estean obrigados a recibir notificacións electrónicas poderán decidir e comunicar en calquera momento á Administración pública, mediante os modelos normalizados que se establezan para o efecto, que as notificacións sucesivas se practiquen ou deixen de practicar por medios electrónicos.

Regulamentariamente, as administracións poderán establecer a obriga de practicar electronicamente as notificacións para determinados procedementos e para certos colectivos de persoas físicas respecto das cales por razón da súa capacidade económica, técnica, dedicación profesional ou outros motivos quede acreditado que teñen acceso e dispoñibilidade dos medios electrónicos necesarios.

Adicionalmente, o interesado poderá identificar un dispositivo electrónico e/ou un enderezo de correo electrónico que servirán para o envío dos avisos regulados neste artigo, pero non para a práctica de notificacións.

2. En ningún caso se efectuarán por medios electrónicos as seguintes notificacións:

- a) Aquelas en que o acto que se notifica vaia acompañado de elementos que non sexan susceptibles de conversión en formato electrónico.
- b) As que conteñan medios de pagamento a favor dos obrigados, tales como cheques.

3. Nos procedementos iniciados por solicitude do interesado, a notificación practicarase polo medio sinalado para o efecto por aquel. Esta notificación será electrónica nos casos en que exista obriga de relacionarse desta forma coa Administración.

Cando non for posible realizar a notificación de acordo co sinalado na solicitude, practicarase en calquera lugar adecuado para tal fin e por calquera medio que permita ter constancia da recepción polo interesado ou o seu representante, así como da data, a identidade e o contido do acto notificado.

4. Nos procedementos iniciados de oficio, só para os efectos da súa iniciación, as administracións públicas poderán obter, mediante consulta ás bases de datos do Instituto Nacional de Estatística, os datos sobre o domicilio do interesado recollidos no padrón municipal, remitidos polas entidades locais en aplicación do previsto na Lei 7/1985, do 2 de abril, reguladora das bases do réxime local.

5. Cando o interesado ou o seu representante rexeite a notificación dunha actuación administrativa, farase constar no expediente especificando as circunstancias da tentativa de notificación e o medio, co cal se dará por efectuado o trámite e se seguirá o procedemento.

6. Con independencia de que a notificación se realice en papel ou por medios electrónicos, as administracións públicas enviarán un aviso ao dispositivo electrónico e/ou ao enderezo de correo electrónico do interesado que este comunicase, informándoo da posta á disposición dunha notificación na sede electrónica da Administración ou organismo correspondente ou no enderezo electrónico habilitado único. A falta de práctica deste aviso non impedirá que a notificación sexa considerada plenamente válida.

*7. Cando o interesado for notificado por distintas vías, tomarase como data de notificación a daquela que se producise en primeiro lugar.*

#### **COMENTARIO:**

Este artigo arranca coa preferencia establecida pola LPACAP a favor das notificacións electrónicas, e débese precisar xa de antemán que o seu réxime xurídico vén determinado polas previsións contidas na LPACAP e completado para o ámbito da Administración Xeral do Estado pola parte non derogada do Real decreto 1671/2009, do 6 de novembro, que desenvolve parcialmente a Lei 11/2007, do 22 de xuño de 2007, de acceso electrónico dos cidadáns aos servizos públicos, e pola parte do citado real decreto que mantén a súa vixencia en tanto non entren en vigor as previsións establecidas na disposición derradeira sétima da LPACAP.

Dito o anterior, a obrigatoriedade das notificacións electrónicas establécese, de conformidade co artigo 14.2 da LPACAP, para as persoas xurídicas; as entidades sen personalidade xurídica; os que exerzan unha actividade profesional para a que se requira colexiación obrigatoria, para os trámites e actuacións que realicen coas administracións públicas en exercicio da dita actividade –enténdense aquí incluídos os notarios e rexistradores da propiedade e mercantís–; os que representen a un interesado que estea obrigado a relacionarse electronicamente coa Administración e os empregados das administracións públicas para os trámites e actuacións que realicen con elas por razón da súa condición de empregado público. Esta obrigatoriedade pode verse ampliada regulamentariamente tal e como prevé o quinto apartado do artigo 41.1.

O último apartado do artigo 41.1 da LPACAP debe conectarse co establecido no artigo 41.6 da LPACAP. Así, a persoa interesada poderá facilitar un dispositivo electrónico ou un enderezo de correo electrónico para recibir o aviso da notificación; deste xeito diferénciase entre aviso de notificación e notificación propiamente dita. Mentres o aviso da notificación se recibe no dispositivo electrónico ou enderezo de correo electrónico facilitado para o efecto, nunca se poderá practicar unha notificación nin no dispositivo electrónico

nin no enderezo de correo electrónico facilitado, pois as notificacións electrónicas, como veremos máis adiante, de conformidade co artigo 43 da LPACAP só se poderán realizar ou por comparecencia ante a sede electrónica da Administración ou a través do enderezo electrónico habilitado único. Por outro lado, como xa dixemos, mentres que a notificación é un requisito indispensable para a eficacia do acto administrativo, a ausencia de aviso, de conformidade co artigo 41.6 da LPACAP, non afecta a validez da notificación. Chama a atención esta ausencia de efectos xurídicos ante a non práctica do aviso, pois o teor literal do artigo 41.6 da LPACAP semella establecer a obriga de practicar o aviso sempre que o interesado comunicase un dispositivo electrónico ou un enderezo de correo electrónico, pois os termos do artigo son imperativos “enviarán”, co cal, non ten moito sentido que se estableza a obriga cando ningunha consecuencia xurídica xorde da súa ausencia. Neste sentido, compartimos as conclusións do profesor Tomás Ramón Fernández de que, se este aviso non ten ningunha virtualidade xurídica, a finalidade que se pretende con el non se acadará. En efecto, a finalidade do aviso é, precisamente, pórllas de manifesto aos administrados a existencia de notificacións pendentes, de xeito que, se non existe tal aviso, estes non saberán, no caso de estaren obrigados a recibir a notificación electrónica, se teñen algo pendente ou non por notificar, co cal se obriga a cidadanía a consultar todos os días as diferentes sedes electrónicas das diferentes administracións por se acaso ten algunha notificación que recibir.

Para terminar co punto 1 do artigo 41, cabe facer referencia aos modelos normalizados que se deberán cubrir cada vez que a persoa interesada cambie o medio en que quere que se lle practiquen as notificacións (sempre que non estea obrigado a recibilas electronicamente). O anterior sistema establecido no xa citado Real decreto 1671/2009 só esixía un consentimento expreso ou unha solicitude para poder optar ás notificacións electrónicas, o cal podía xerar certo grao de inseguridade xurídica que, evidentemente, cos modelos normalizados se soluciona. Exemplo desta inseguridade xurídica é a SAN do 25 de novembro de 2011, onde admitindo como medio válido de notificación o fax, entendeu que non era válida a dita notificación pois só constaba un consentimento tácito (citábase o número

do fax no membrete da mercantil). E así, a citada sentenza conclúe: “O artigo 27 expresa ademais:

«Os cidadáns poderán elixir en todo momento a maneira de comunicarse coas administracións públicas, sexa ou non por medios electrónicos, excepto naqueles casos nos que dunha norma con rango de lei establece ou infira a utilización dun medio non electrónico. A opción de comunicarse por uns ou outros medios non vincula o cidadán, que poderá, en calquera momento, optar por un medio distinto do inicialmente elixido».

E adquire importancia determinante o artigo 28:

«As administracións públicas utilizarán medios electrónicos nas súas comunicacións cos cidadáns sempre que así o solicitasen ou consentisen expresamente. A solicitude e o consentimento poderán, en todo caso, emitirse e solicitarse por medios electrónicos».

Este último precepto esixe, segundo cabe ver, a mediación dunha solicitude ou, cando menos, da existencia dun consentimento “expreso” por parte dos cidadáns para o emprego de medios electrónicos para con eles nas súas comunicacións.

A partir de tan clara esixencia legal perde relevancia, pois ningún valor poderán ter eventuais consentimentos implícitos, que o primeiro escrito da sociedade (folio número 1 do expediente) tivese un membrete cun enderezo físico, un número de teléfono, outro de fax e un enderezo electrónico. O propio sucede co escrito presentado o 14 de maio de 2008 (documento 13 do expediente), que alberga idéntico membrete, xa que acabamos de concluír que non son válidos os consentimentos implícitos nesta materia.

Máis aínda, neste escrito –o primeiro alegatorio– consignábase con claridade, como domicilio para os efectos de notificacións, un enderezo físico, non outro telemático, de modo que a elección por parte da empresa era evidente.

Certamente o artigo 28 da mesma norma dispón que:

«Para que a notificación se practique utilizando algún medio electrónico, requirirase que o interesado sinalase o devan-

dito medio como preferente ou consentise a súa utilización, sen prexuízo do disposto no artigo 27.6. Tanto a indicación da preferencia no uso de medios electrónicos como o consentimento citados anteriormente poderán emitirse e solicitarse, en todo caso, por medios electrónicos».

Aquí non se esixe o consentimento «expreso» para a utilización de medios electrónicos para cursar notificacións por medios telemáticos. Con todo, aquela aparente asimetría ou silencio da norma non pode entenderse, a xuízo da sala, no sentido de que vallan os consentimento tácitos ou implícitos, pois iso iría en contra do espírito e da letra da lei, claros no conxunto de artigos anteriormente citados”.

O artigo 41.2 establece dúas prohibicións para a realización das notificacións electrónicas que abarca os supostos en que o acto que hai que notificar conteña elementos non susceptibles de converterse a formato electrónico e as que conteñan medios de pagamento a favor dos obrigados, como pode ser un cheque. Polo contrario, o artigo 41.1 parágrafo segundo establece a posibilidade de non practicar a notificación electrónica cando a notificación se realice con ocasión da comparecencia espontánea do interesado e solicite a comunicación ou notificación persoal nese momento e cando para asegurar a eficacia da actuación administrativa resulte necesario practicar a notificación por entrega directa dun empregado público da Administración notificante. En relación con este segundo suposto, cabe dicir que deste xeito se introduce a figura do axente notificador. Non obstante, a eficacia deste medio de notificación depende de que se cumpran o resto dos requisitos establecidos para a validez das notificacións, é dicir, debe quedar constancia do envío, da recepción, das súas datas e horas, do contido íntegro e da identidade fidedigna do remitente e destinatario. Á vista do anterior, non haberá problema nestas notificacións cando as diferentes administracións conten cun corpo de axentes notificadores, pero para aquelas que non dispoñan deste corpo de axentes notificadores a recomendación é que a notificación sexa practicada por funcionarios que teñan a condición de autoridade pública, xa que, de conformidade co artigo 77.5 da LPACAP: “Os documentos formalizados polos funcionarios aos cales se recoñece a condición de autoridade e nos cales, observándose

os requisitos legais correspondentes, se recollan os feitos constatados por aqueles, farán proba destes salvo que se acredite o contrario”.

Os puntos 3 e 4 deste artigo 41 precisan onde debe practicarse a notificación e diferencian se o procedemento se iniciou a instancia de parte ou de oficio. En efecto, o artigo 59.2 da LRX-PAC só establecía a posibilidade de designar domicilio para os efectos de notificacións cando o procedemento se iniciaba a instancia de parte, o cal permitía que nos procedementos iniciados de oficio fose a Administración a que determinase onde deberían notificarse os actos, prescindindo das designacións de domicilio que os particulares facían nos procedementos iniciados de oficio. Esta maneira de actuar chegou ata o Tribunal Supremo que, na súa Sentenza do 3 de xullo de 2013, precisou: “Estas circunstancias determinaban que o acto aprobatorio do deslinde debese notificarse á persoa e domicilio designado para o efecto (ex artigo 59.2 da LRXPA (RCL 1992, 2512, 2775 e RCL 1993, 246), coa consecuencia de que, ao non facelo, a notificación devén defectuosa (ex artigo 58.3 da mesma LRXPA), co efecto de que o prazo de inicio do trámite do recurso, administrativo e xudicial, se computa na forma prevista nese precepto “(...) a partir da data en que o interesado realice actuacións que supoñan o coñecemento do contido e alcance da resolución ou acto obxecto da notificación ou resolución, ou interpoña calquera recurso que proceda”.

A anterior conclusión non resulta impedida polo razoamento adicional que refire a sala de instancia no sentido de que o deslinde é un procedemento de oficio e que a notificación se realizou ao vicepresidente da comunidade e no seu domicilio, pois, sen dúbida, a sinalización polas persoas interesadas do domicilio onde desexan ser notificadas é independente da forma en que o procedemento se inicia, de oficio ou por instancia de parte, e é un dereito dos interesados no procedemento –tamén exercible nos procedementos incoados de oficio– e, desde logo, a designación de representante con todas as garantías legais e dun domicilio específico para notificacións impide a validez das notificacións efectuadas sen ter en conta tales designacións, que se converterían así en inoperantes, pois unha interpretación contraria baleiraría de contido tanto a posibilidade de designar

representantes (ex artigo 32 da LRXPA) como a de designar domicilio para efectos de notificacións”.

Pois ben, ante esta precisión xurisprudencial, agora xa se diferencia expresamente entre os procedementos iniciados de oficio e a instancia de parte. Nestes últimos permite a norma que o interesado determine o medio para realizar as notificacións. Para os iniciados de oficio prevese acudir ás bases de datos do Instituto Nacional de Estatística e os datos sobre o domicilio do interesado recollidos no padrón municipal, pero só na súa iniciación. Esta última precisión é totalmente acorde coa doutrina que acabamos de citar, pois permite que para a iniciación, onde o interesado aínda non coñece a existencia do procedemento, a Administración determine un lugar de notificación, pero, unha vez iniciado, a norma está permitindo que o interesado determine onde e como quere ser notificado (sempre que non estea obrigado a unha notificación electrónica pois, se está obrigado, evidentemente non pode elixir o modo de notificación).

O artigo 41.5 da LPACAP establece as consecuencias que derivan para os supostos de rexeitamento das notificacións e precisa que se considerará efectuado o trámite e continuará o procedemento. Polo que se refire ao rexeitamento das notificacións electrónicas, hai que atender ao establecido no artigo 43.2 segundo parágrafo, que precisa o transcurso de dez días naturais sen acceder ao contido da notificación para entendela rexeitada.

Para terminar, o artigo 40.7 establece a prioridade da notificación realizada en primeiro lugar, para o caso de que haxa varias notificacións, o cal ten moita relevancia sobre todo para o inicio do cómputo dos prazos de impugnación que se indiquen no pé de recurso da notificación. Co criterio establecido, evidentemente óptase polo criterio máis favorable para a Administración. Este criterio acollido pola LPACAP parece non reflectir os criterios xurisprudenciais que había coa anterior LRX-PAC. En efecto, existen sentenzas, por exemplo, a Sentenza do Tribunal Supremo do 15 de novembro de 2012, que analizan o caso en que unha resolución se notificaba tanto en forma persoal como a través de publicación no diario oficial correspondente e, neste caso, a xurisprudencia establecía que a data



que había que ter en conta para o inicio do cómputo dos prazos de impugnación indicados no pé de recurso era a última data, sexa a da publicación ou sexa a da notificación persoal, pois esa última data é a mais favorable ao interesado e ao exercicio da acción.

#### **REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Sentenza da Audiencia Nacional (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 8.<sup>a</sup>), do 25 novembro de 2011, recurso de apelación núm. 67/2011.

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 5.<sup>a</sup>), do 3 xullo de 2013, recurso de casación núm. 2511/2011.

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 5.<sup>a</sup>), do 15 novembro de 2012, recurso de casación núm. 6999/2010.

Fernández Rodríguez, Tomás-Ramón. “Una llamada de atención sobre la regulación de las notificaciones electrónicas en la novísima Ley de procedimiento administrativo común de las administraciones públicas”, *Revista de Administración Pública*, setembro-décembro 2015, núm. 198, pp. 361-367.

#### **Artigo 42. *Práctica das notificacións en papel***

1. *Todas as notificacións que se practiquen en papel deberán ser postas á disposición do interesado na sede electrónica da Administración ou organismo actuante para que poida acceder ao contido delas de forma voluntaria.*

2. *Cando a notificación se practique no domicilio do interesado, de non se encontrar presente este no momento de entregarse a notificación, poderá facerse cargo dela calquera persoa maior de catorce anos que se encontre no domicilio e faga constar a súa identidade. Se ninguén se fixer cargo da notificación, farase constar esta circunstancia no expediente, xunto co día e a hora en que se tentou a notificación, intento que se repetirá por unha soa vez e nunha hora distinta dentro dos tres días seguintes. En caso de que a primeira tentativa de notificación se realizase antes das quince horas, a*

*segunda tentativa deberá realizarse despois das quince horas e viceversa, deixando en todo caso ao menos unha marxe de diferenza de tres horas entre ambas as tentativas de notificación. Se a segunda tentativa tamén resultase infrutuosa, procederase na forma prevista no artigo 44.*

*3. Cando o interesado acceda ao contido da notificación en sede electrónica, ofreceráse-lle a posibilidade de que o resto de notificacións se poidan realizar a través de medios electrónicos.*

### **COMENTARIO:**

Como xa vimos, a LPACAP determina unha clara preferencia polas notificacións por medios electrónicos, repregando a notificación en papel a un plano secundario ou residual, parecendo un dos obxectivos da lei conseguir o menor número de notificacións en papel posible. Mostra disto son o apartado 1 e 3 deste artigo 42. O primeiro establece como a notificación en papel non exclúe a posta á súa disposición na sede electrónica da Administración ou organismo actuante, agora ben, o acceso á notificación na sede electrónica será totalmente voluntaria para o interesado. Unha vez que acceda de maneira voluntaria á notificación na sede electrónica, isto non determina que o resto das notificacións se realicen por medios electrónicos, senón que se lle dará a oportunidade de realizar o resto das notificacións por ese medio. Entendo que para que o resto de notificacións se realice por medios electrónicos será preciso aplicar o artigo 41.1, no sentido de que a persoa interesada deberá cubrir o modelo normalizado que se estableza para o efecto, pois é o sistema establecido na lei para comunicar calquera cambio no modo de practicar as notificacións, tal e como xa vimos.

Un problema que deriva deste sistema establecido nos artigos 42.1 e 42.3 é o relativo a cando se entende feita a notificación no caso en que haxa un acceso voluntario á sede electrónica cando tamén hai unha notificación en papel por escollelo así expresamente o interesado persoa física non obrigado a relacionarse coa Administración a través de medios electrónicos ao abeiro do artigo 14.1 e 41.3. En efecto, do teor literal dos preceptos mencionados, pode darse o suposto de que un acto ou resolución que debe notificarse en papel

por solicitarse así conforme os artigos 14.1 e 41.3 se poña ao mesmo tempo á disposición do interesado na sede electrónica. A persoa interesada voluntariamente accede ao contido desa notificación na sede electrónica antes de que chegue a notificación en papel. E resulta que este acceso ao contido, de conformidade co artigo 43.2, supón a práctica da notificación por medios electrónicos, pero non foi o medio elixido polo interesado para practicar a notificación. Este acceso voluntario tamén resulta ser unha notificación válida ao abeiro do artigo 41.1 pois, como xa vimos, este artigo establece que, con independencia do medio utilizado, as notificacións serán válidas sempre que permitan ter constancia do seu envío ou posta á disposición, da recepción ou acceso polo interesado ou o seu representante, das súas datas e horas, do contido íntegro, e da identidade fidedigna do remitente e destinatario. E, como xa vimos tamén, de conformidade co artigo 41.7, cando o interesado fose notificado por distintas canles, tomarase como data de notificación a daquela que se producise en primeiro lugar. Á vista do anterior, poderíase concluir que este acceso voluntario á sede electrónica supón a práctica dunha notificación válida e, se o acceso é anterior á notificación en papel, será este acceso o que marque a data de notificación.

A principal problemática deriva de se este acceso voluntario ten algún efecto xurídico e, se o ten, se este é excluinte ou complementario respecto da elección que anteriormente tivo que facerse. Se entendemos que é excluinte este acceso voluntario, por ser posterior ao momento en que escolleu o modo de practicar a notificación, a única notificación válida que hai que ter en conta sería a notificación por medios electrónicos e non tería ningunha eficacia a notificación en papel, xa sexa anterior ou posterior ao acceso voluntario. Esta opción só sería factible, desde o meu punto de vista, se no momento de acceso voluntario o interesado asignase o correspondente modelo normalizado previsto no artigo 41.1 que, como xa vimos, ten por finalidade reflectir o consentimento expreso da persoa interesada. Non creo que esta sexa a opción que reflicte o artigo 42.3, pois, como di o propio artigo, se hai acceso voluntario, posteriormente ofreceráselle a posibilidade para que o resto de notificacións se realicen por medios electrónicos e será preciso aplicar o artigo 41.1 no sentido de que o

interesado deberá cubrir o modelo normalizado que se estableza para o efecto, pois é o sistema establecido na lei para comunicar calquera cambio no modo de practicar as notificacións, tal e como xa vimos. En conclusión, deberían cubrirse dous modelos normalizados, o primeiro para que o acceso voluntario desprazase a eficacia da notificación en papel e o segundo para recibir o resto das notificacións por medios electrónicos. Polo contrario, se entendemos que este acceso voluntario é complementario, teríamos dúas notificacións válidas e só a primeira delas sería a determinante da data de notificación. Neste sentido, daríase o caso de que habería un modelo normalizado dos previstos no artigo 41.1 optando por unha notificación en papel, pero por haber un acceso voluntario á sede electrónica previo a notificación en papel, a data do acceso voluntario prima sobre a data da notificación en papel de conformidade co artigo 41.7.

Finalmente, pode entenderse que o acceso voluntario previsto neste artigo non ten ningunha eficacia sobre a notificación en papel previamente elixida polo interesado, pois do contrario daríase entrada aos consentimentos tácitos proscritos, como xa vimos, pola xurisprudencia e pola anterior Lei 11/2007, do 22 de xuño, de acceso electrónico dos cidadáns aos servizos públicos. Esta opción tamén é a máis acorde co último inciso do artigo 42.3, onde se establece a posibilidade de realizar as seguintes notificacións por medios electrónicos, o cal parece desprender que o acceso voluntario non ten esa consideración, senón só as posteriores. Esta previsión tamén encaixa perfectamente co uso dos modelos normalizados establecidos no artigo 41.1.

En calquera caso, haberá que esperar a como os tribunais van resolvendo toda esta problemática derivada do acceso voluntario á sede electrónica da Administración.

Por último, faremos mención ao artigo 42.2. En primeiro lugar, hai que dicir que permite recoller a notificación no domicilio do interesado a calquera persoa maior de catorce anos que se encontre alí e faga constar a súa identidade, polo tanto, non require para a eficacia da notificación domiciliaria que na dilixencia correspondente se fagan constar expresamente datos como o parentesco, a condi-

ción ou a razón de permanencia de quen se encontra no domicilio no que a notificación se produce e recibe o acto notificado, sendo suficiente a mención a nome, apelidos e DNI da persoa que recolle a notificación no domicilio do interesado. Así o precisa a Sentenza do Tribunal Supremo do 20 de xullo de 2012:

“Pártese da presunción de que quen se encontra nun domicilio ten unha relación de vinculación, afinidade ou confianza co titular deste en grao suficiente como para facerse cargo das notificacións que a este se lle dirixen e, aínda cando esta é unha presunción *iuris tantum*, é carga que pesa sobre o titular do domicilio e destinatario da notificación desvirtuar tal presunción mediante a achega de datos e elementos de proba que permitan contrarrestala”.

Hai que destacar que coa LPACAP se introduce a precisión que a persoa que recolla a notificación ten que ser maior de catorce anos, en contra do que establecía a anterior LRX-PAC que lle permitía recoller a notificación a calquera persoa con independencia da súa idade.

En segundo lugar, outra novidade que introduce o artigo 42.2 é o horario en que debe practicarse o segundo intento de notificación no domicilio do interesado cando o primeiro non tivo éxito. Coa anterior LRX-PAC esta segunda tentativa de notificación debería realizarse dentro dos tres días seguintes e en hora distinta. Esta expresión de “hora distinta” foi interpretada polo Tribunal Supremo na súa Sentenza do 28 de outubro de 2004, ditada en interese de lei, onde concluíu que a expresión “hora distinta” debía ser interpretada segundo o seu teor literal e por iso sentenciou que, para a validez do segundo intento, sería preciso que entre o primeiro e o segundo intento mediase unha diferenza de polo menos sesenta minutos. Deste xeito, o Tribunal Supremo non acolleu a tese contraria mantida no citado recurso en interese de lei que propugnaba que, cando a lei dicía “hora distinta”, debería entenderse “horario distinto” pois se un interesado non recollía unha notificación pola mañá, o normal é que tampouco a recollese nos tres días seguintes tamén pola mañá, pero cunha diferenza de sesenta minutos, pois é unha obviedade que a maior parte da poboación se encontra ausente do seu domicilio todos os días non

festivos polas mañás. Pois ben, agora coa LPACAP parece que se opta pola tese contraria que non gañou no citado recurso de interese de lei, xa que se determina que entre os dous intentos debe mediar unha diferenza mínima de tres horas, así como operarse un cambio na franxa horaria na se que realice o segundo intento, de maneira que, se o primeiro se fixo antes das quince horas, o segundo debe realizarse despois das quince horas, e viceversa. En definitiva, óptase por un sistema que garante que, se o primeiro intento de notificación se realiza pola mañá, o segundo se realizará pola tarde, e viceversa.

E todo isto sen esquecer que a eficacia das notificacións está ligada ás circunstancias concretas do caso, o que comporta inevitablemente un importante grao de casuísmo na materia e, polo tanto, con supeditación ás circunstancias de cada caso, sendo unánime a xurisprudencia que establece que non cabe que o interesado alegue que a notificación se produciu no lugar ou na persoa improcedente cando recibiu sen problemas e sen reparo ningún outras recollidas no mesmo sitio ou pola mesma persoa (STS do 26 de maio de 2011).

#### **REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 5.<sup>a</sup>), do 20 de xullo de 2012, recurso de casación núm. 4189/2011.

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 5.<sup>a</sup>), do 28 outubro de 2004, recurso de casación en interese de lei núm. 70/2003.

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 2.<sup>a</sup>), do 26 de maio de 2011, recurso de casación núm. 5423/2008.

#### **Artigo 43. *Práctica das notificacións a través de medios electrónicos***

1. *As notificacións por medios electrónicos practícaranse mediante comparecencia na sede electrónica da Administración ou organismo actuante, a través do enderezo electrónico habilitado único ou mediante*

*ambos os sistemas, segundo o que dispoña cada Administración ou organismo.*

*Para os efectos previstos neste artigo, enténdese por comparecencia na sede electrónica o acceso polo interesado ou o seu representante debidamente identificado ao contido da notificación.*

*2. As notificacións por medios electrónicos entenderanse practicadas no momento en que se produza o acceso ao seu contido.*

*Cando a notificación por medios electrónicos sexa de carácter obrigatorio, ou fose expresamente elixida polo interesado, entenderase rexeitada cando transcorresen dez días naturais desde a posta á disposición da notificación sen que se acceda ao seu contido.*

*3. Entenderase cumprida a obriga á que se refire o artigo 40.4 coa posta á disposición da notificación na sede electrónica da Administración ou organismo actuante ou no enderezo electrónico habilitado único.*

*4. Os interesados poderán acceder ás notificacións desde o punto de acceso xeral electrónico da Administración, que funcionará como un portal de acceso.*

#### **COMENTARIO:**

O punto de partida das notificacións electrónicas atopámolo no derogado artigo 35 do xa citado anteriormente Real decreto 1671/2009, que permitía a notificación electrónica a través de tres sistemas diferenciados: mediante enderezo electrónico habilitado, mediante sistemas de correo electrónico e mediante comparecencia electrónica na sede da Administración actuante. Como xa vimos na análise do artigo 41 da LPACAP, agora as notificacións electrónicas non poden practicarse mediante sistemas de correos electrónicos, co cal, o artigo 43.1 da LPACAP determina como únicos sistemas factibles para a práctica das notificacións electrónicas a comparecencia na sede electrónica da Administración ou organismo actuante ou a través do enderezo electrónico habilitado único.

Polo que se refire á notificación mediante comparecencia na sede electrónica, o propio artigo xa aclara o que se entende por tal ao establecer que é o acceso ao contido da notificación. Non obstante,

nada di sobre o enderezo electrónico habilitado único. Esta lagoa podemos cubrila acudindo ao artigo 38 (non derogado) do Real decreto 1671/2009 que establece: “1. Serán válidos os sistemas de notificación electrónica a través de enderezo electrónico habilitado sempre que cumbran, polo menos, os seguintes requisitos:

- a) Acreditar a data e a hora en que se produce a posta á disposición do interesado do acto obxecto de notificación.
- b) Posibilitar o acceso permanente dos interesados ao enderezo electrónico correspondente, a través dunha sede electrónica ou de calquera outro modo.
- c) Acreditar a data e a hora de acceso ao seu contido.
- d) Posuír mecanismos de autenticación para garantir a exclusividade do seu uso e a identidade do usuario.

2. Baixo a responsabilidade do Ministerio da Presidencia existirá un sistema de enderezo electrónico habilitado para a práctica destas notificacións que quedará á disposición de todos os órganos e organismos públicos vinculados ou dependentes da Administración xeral do Estado que non establezan sistemas de notificación propios. A cidadanía poderá solicitar a apertura deste enderezo electrónico, que terá vixencia indefinida, excepto nos supostos en que solicite a súa revogación o titular, por falecemento da persoa física ou extinción da personalidade xurídica, que unha resolución administrativa ou xudicial así o ordene ou polo transcurso de tres anos sen que se utilice para a práctica de notificacións, suposto no cal se inhabilitará este enderezo electrónico, o cal se lle comunicará ao interesado.

3. Cando se estableza a práctica de notificacións electrónicas con carácter obrigatorio, o enderezo electrónico habilitado a que se refire o apartado anterior será asignado de oficio e poderá ter vixencia indefinida, conforme o réxime que estableza a orde do ministro da Presidencia á que se refire a disposición derradeira primeira. Respecto do resto de enderezos electrónicos habilitados, o devandito réxime establecerase mediante orde do titular do departamento correspondente”.

A continuación, o artigo 43.2 diferencia cando hai ou non acceso ao contido da notificación. E así, cando se accede ao contido da



notificación, será ese momento o que se considere para os efectos de considerar practicada a notificación. Polo contrario, cando non se acceda ao contido da notificación, o citado artigo establece que se entenderá rexeitada unha vez transcorran dez días naturais desde a posta á disposición. En relación co non acceso, hai que facer dúas precisións. Primeiro, destaca que os días son naturais e non hábiles, co cal os domingos e festivos entran neste cómputo. Segundo, como veremos a continuación, este prazo non supón que a notificación se practicou cando transcorran eses dez días, pois de conformidade co artigo 43.3, entenderase cumprida a obriga de notificar no prazo máximo de duración dos procedementos, coa posta á disposición da notificación na sede electrónica da Administración ou no enderezo electrónico habilitado único.

Evidentemente, o cambio co anterior sistema é enorme, pois, no caso de notificación electrónica, recae sobre o administrado a carga de acceder á sede electrónica da Administración ou ao enderezo electrónico habilitado único. É certo, como xa vimos no exame do artigo 41.6, que pode existir un aviso previo, pero en tanto que a súa ausencia non priva de eficacia a notificación, a ausencia do dito aviso non garante a inexistencia de notificacións pendentes de acceso. Isto debe conectarse co establecido no segundo apartado do artigo 43.2 pois, transcorridos dez días naturais sen acceder ao contido da notificación, esta entenderase rexeitada para os efectos previstos no artigo 41.5 da LPACAP, é dicir, entenderase efectuado o trámite e continuará o procedemento, o que dará lugar a situacións pouco desexadas para os administrados, como, por exemplo, que transcorran os prazos para a interposición dos recursos administrativos ou contencioso-administrativo que correspondan, co que queda o acto firme e consentido para todos os efectos.

Enlazando co anterior e seguindo coa análise deste artigo, o punto 3 determina cando se entende cumprida a obriga de notificar no prazo máximo de duración dos procedementos, e determina que será coa posta á disposición da notificación na sede electrónica da Administración ou no enderezo electrónico habilitado único. Con este teor literal, parece que a interpretación máis razoable é a que deriva do propio precepto, é dicir, haberá que ter en conta o día da posta

á disposición da notificación e non o día en que transcorran os dez días naturais para entender rexeitada a notificación.

Polo tanto, recompilando o xa mencionado para as notificacións electrónicas, poderíase dar o suposto de que rematase un procedemento e que a dita resolución fose notificada mediante a posta á disposición do administrado na sede electrónica da Administración actuante pero sen aviso previo. Transcorren dez días naturais sen acceder ao seu contido. A notificación é válida, considérase rexeitada e continúa o procedemento. O procedemento enténdese rematado o día da posta á disposición e non o día en que transcorren os dez días. En conclusión, habería que esperar os dez días naturais para entender rexeitada a notificación, pero unha vez que este rexeitamento ten lugar, a eficacia e validez da notificación retrotráese ao momento en que esta se puxo á disposición do administrado.

Finalmente, no apartado cuarto, establece o acceso ás notificacións a través do punto de acceso xeral electrónico da Administración. En relación con este punto de acceso xeral hai que ter en conta dúas cuestións. Primeiro, que toda previsión relativa a este punto de acceso xeral, de conformidade coa disposición derradeira sétima da LPACAP, non producirá efectos ata que transcorran dous anos desde a entrada en vigor da dita lei, é dicir, ata outubro de 2018. E segunda, que ata que chegue esa data, de conformidade coa disposición derogatoria, apartado 2.g) continúa vixente o artigo 9 do Real decreto 1671/2009 que establece: “1. O punto de acceso xeral da Administración xeral do Estado conterà a sede electrónica que, neste ámbito, facilita o acceso aos servizos, procedementos e informacións accesibles da Administración xeral do Estado e dos organismos públicos vinculados ou dependentes dela. Tamén poderá proporcionar acceso a servizos ou informacións correspondentes a outras administracións públicas, mediante a realización dos correspondentes convenios”.

#### **Artigo 44. Notificación infrutuosa**

*Cando os interesados nun procedemento sexan descoñecidos, se ignore o lugar da notificación ou ben cando, intentada esta, non se puidese prac-*

*ticar, a notificación farase por medio dun anuncio publicado no «Boletín Oficial del Estado».*

*Así mesmo, previamente e con carácter facultativo, as administracións poderán publicar un anuncio no boletín oficial da comunidade autónoma ou da provincia, no taboleiro de edictos do concello do último domicilio do interesado ou do consulado ou sección consular da embaixada correspondente.*

*As administracións públicas poderán establecer outras formas de notificación complementarias a través dos restantes medios de difusión, que non excluirán a obriga de publicar o correspondente anuncio no «Boletín Oficial del Estado».*

#### **COMENTARIO:**

O presente artigo establece o réxime xurídico da notificación infrutuosa para aqueles casos en que as persoas interesadas no procedemento sexan descoñecidas, o lugar da notificación se ignore ou cando fracasen os intentos de notificación. Este réxime xurídico debe completarse co establecido na disposición adicional terceira da LPACAP, que establece para as notificacións por medio de anuncio publicado no *Boletín Oficial do Estado*:

“1. O *Boletín Oficial do Estado* poñerá á disposición das diversas administracións públicas un sistema automatizado de remisión e xestión telemática para a publicación dos anuncios de notificación neste previstos no artigo 44 desta lei e nesta disposición adicional. O devandito sistema, que cumprirá co establecido nesta lei, e a súa normativa de desenvolvemento, garantirá a celeridade da publicación, a súa correcta e fiel inserción, así como a identificación do órgano remitente.

2. Naqueles procedementos administrativos que contén con normativa específica, de concorrer os supostos previstos no artigo 44 desta lei, a práctica da notificación farase, en todo caso, mediante un anuncio publicado no *Boletín Oficial do Estado*, sen prexuízo de que previamente e con carácter facul-

tativo poida realizarse na forma prevista pola dita normativa específica.

3. A publicación no *Boletín Oficial do Estado* dos anuncios a que se refiren os dous parágrafos anteriores efectuarase sen contraprestación económica ningunha por parte de quen a solicitase”.

Este réxime xurídico é o mesmo que xa existía no artigo 59.5 da LRX-PAC, logo da reforma operada pola Lei 15/2014, do 16 de setembro, de racionalización do servizo público e outras medidas, en vigor desde o 1 de xuño de 2015 e consiste fundamentalmente na inserción dun anuncio no *Boletín Oficial do Estado*, con carácter obrigatorio, sen prexuízo de poder facerse outros anuncios, pero de carácter facultativo e complementario. Este sistema rompe co sistema anterior, que establecía a inserción do anuncio no taboleiro de edictos do concello, no *Boletín Oficial do Estado*, da comunidade autónoma ou da provincia, segundo fose a Administración autora do acto que había que notificar.

Para o efectivo funcionamento do anuncio único no *Boletín Oficial do Estado*, ditouse a Resolución do 1 de xuño de 2015 pola que se establecen os requisitos e especificacións técnicas do sistema automatizado de remisión e xestión telemática dos anuncios de notificación e establece o Sistema Integrado do Taboleiro Edital (SITE), dispoñible a través da sede electrónica da Axencia Estatal do Boletín Oficial do Estado. A virtualidade dos boletíns oficiais electrónicos xa fora avalada pola Lei 11/2007, do 22 de xuño, de acceso electrónico dos cidadáns aos servizos públicos, en concreto, no seu artigo 11 e apoiada xurisprudencialmente pola Sentenza do Tribunal Supremo do 21 de novembro de 2011, que establece: “E é que, a teor do artigo 11 da Lei 11/2007, do 22 de xuño, de acceso electrónico dos cidadáns aos servizos públicos, de carácter básico a teor da súa disposición derradeira primeira, a publicación de boletíns ou diarios oficiais nas sedes electrónicas da Administración, órgano ou entidade competente terá, nas condicións e garantías que cada Administración pública determine, os mesmos efectos atribuídos á súa edición impresa”.

A dita norma non debe ser interpretada en sentido contrario á evolución da Administración mediante a utilización xeneralizada, nos seus diversos procedementos e relacións cos cidadáns, de medios de comunicación electrónica. Unha interpretación sistemática da lei impide considerar que a edición electrónica do boletín oficial só sexa posible se se produce á vez que a impresa. Así e todo, o que quere dicir o lexislador é que os efectos ata agora atribuídos á edición impresa, ou que en calquera lei se asocie á publicación escrita dun boletín ou diario oficial, se deberán aplicar por igual á edición informática. Con todo, de ningún xeito esixe a compatibilización de ambas as edicións, impresa e electrónica. É esta unha posibilidade á disposición da Administración, pero en ningún caso un deber desta.

Sorprende, polo demais, que o sindicato recorrente denuncie a dificultade de acceder á edición electrónica do boletín oficial. Particularmente cando se refire á súa propia incapacidade, xa que é de supoñer que os sindicatos, e a práctica cotiá así o demostra, contan con medios suficientes para o manexo dos medios informáticos. En canto aos seus afiliados, ao resto de traballadores ou á xeneralidade da cidadanía, non pode admitirse que o acceso á edición electrónica dun diario ou boletín oficial supoña maior dificultade ca a súa consulta impresa. A primeira tende a ofrecer un coñecemento áxil, dinámico e rápido a todos os cidadáns, mentres que a segunda queda reservada ao coñecemento duns poucos con medios para adquirir de maneira cotiá os documentos correspondentes.

Outra cousa é que, en relación con certas capas da poboación, especialmente a terceira idade e as persoas desfavorecidas cultural e economicamente, poida existir certa dificultade no acceso á edición informática dos boletíns, en liña co tan temido risco da brecha tecnolóxica. Pero, por unha banda, para evitalo, a mesma e citada Lei 11/2007, do 22 de xuño, de acceso electrónico dos cidadáns aos servizos públicos, prevé unha serie de dereitos dos cidadáns e de obrigacións da Administración, en particular no seu artigo 8.1, tamén de carácter básico, que indica que “as administracións públicas deberán habilitar diferentes canles ou medios para a prestación dos servizos electrónicos, garantindo, en todo caso, o acceso a estes a todos os

cidadáns, con independencia das súas circunstancias persoais, medios ou coñecementos, na forma que estimen adecuada”. E, doutra banda, non pode admitirse que, para aqueles colectivos, a consulta da edición impresa, como regra xeral, resulte máis fácil ou accesible ca a edición electrónica.

O problema que presenta a notificación por anuncios regulada neste artigo é que este sistema de notificación é residual e, polo tanto, só pode acudirse a el cando non poida realizarse a notificación polos outros medios indicados. E así se expresa a Sentenza do Tribunal Supremo do 29 de setembro de 2011: “o máximo intérprete da nosa Constitución, subliñando o carácter «residual», «subsidiario», «supletorio» e «excepcional», de «último remedio» –apelativos, todos eles, empregados polo tribunal– da notificación mediante edictos [SSTC 65/1999, do 26 de abril, FX 2; 55/2003, do 24 de marzo, FX 2; 43/2006, do 13 de febreiro, FX 2; 163/2007, do 2 de xullo, FX 2; 223/2007, do 22 de outubro, FX 2; 231/2007, do 5 de novembro, FJ 2; 2/2008, do 14 de xaneiro, FX 2; e 128/2008, do 27 de outubro, FJ X], sinalou que tal procedemento «só pode ser empregado cando se ten a convicción ou certeza da inutilidade de calquera outra modalidade de citación» (STC 65/1999, cit., FX 2); que o órgano xudicial «ha de extremar as xestións en investigación do paradiro dos seus destinatarios polos medios normais ao seu alcance, de maneira que o acordo ou resolución xudicial que leve a ter á parte nun proceso como persoa en ignorado paradiro debe fundarse en criterios de razoabilidade que conduzan á certeza, ou cando menos a unha convicción razoable, da inutilidade dos medios normais de citación» (SSTC 163/2007, cit., FX 2; 231/2007, cit., FX 2; en termos similares, SSTC 2/2008, cit., FX 2; 128/2008, cit., FX 2; 32/2008, do 25 de febreiro, FX 2; 150/2008, do 17 de novembro, FX 2; e 158/2008, do 24 de novembro, FX 2; 223/2007, cit., FX 2; e 231/2007, cit., FX 2). En fin, recollendo implícita ou explicitamente esta doutrina, na mesma dirección pronunciouse esta sala nas sentenzas do 21 de xuño de 2010 (rec. cas. núm. 4883/2006), FD terceiro; do 28 de xuño de 2010 (rec. cas. núm. 3341/2007), FD terceiro; do 12 de xullo de 2010 (rec. cas. núm. 90/2007), FD terceiro; do 28 de outubro de 2010 (rec. cas. núms. 4689/2006 e

4883/2006), FD terceiro; e do 28 de outubro de 2010 (rec. cas. núm. 2270/2002 ), FD sexto”.

A maiores, o éxito da notificación por anuncios vai depender da dilixencia coa que actúe tanto o interesado como a Administración nas notificacións previas que non culminaron con éxito, é dicir, é esixible ao interesado actuar coa dilixencia debida e boa fe para favorecer a recepción do acto notificado, pero tamén é preciso que a Administración actúe coa dilixencia debida e boa fe necesaria para que a práctica da notificación sexa correcta e poder evitar, na medida do posible, acudir a notificación por anuncios. Polo tanto, a notificación por anuncios só será válida se todo o proceso notificador anterior foi realizado correctamente. Neste sentido, en relación coa boa fe esixible das persoas interesadas, e seguindo a Sentenza do Tribunal Supremo do 12 de maio de 2011, podemos precisar: a) que carece de transcendencia que a notificación sexa defectuosa se consta que o interesado puido coñecer o acto ou resolución que se notificaba; b) que se o interesado incumpre coa carga de comunicar o domicilio ou o seu cambio, en principio e sempre que a Administración demostrase a dilixencia e boa fe esixibles, debe pechar coas consecuencias do dito incumprimento e c) que non cabe que o interesado alegue que a notificación se produciu nun lugar ou con persoa improcedente cando recibiu outras recollidas no mesmo sitio ou pola mesma persoa. E polo que se refire á boa fe esixible a Administración, a mesma sentenza xa citada establece expresamente: “esta boa fe obriga a Administración a que, aínda cando os interesados non actuasen con toda a dilixencia debida na comunicación do domicilio (ben porque non designaron un domicilio para os efectos de notificacións, ben porque os intentos de notificación no indicado foron infrutuosos), antes de acudir á notificación edictal ou mediante comparecencia, intente a notificación no domicilio idóneo, ben porque este consta no mesmo expediente [SSTC 76/2006, do 13 de marzo, FX 4; e 2/2008, do 14 de xaneiro, FX 3], ben porque a súa localización resulta extraordinariamente sinxela, normalmente acudindo a oficinas ou rexistros públicos (SSTC 135/2005, do 23 de maio”.

**REFERENCIAS XURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 4.<sup>a</sup>), do 21 de novembro de 2011, recurso de casación núm. 6739/2009.

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 2.<sup>a</sup>), do 29 de setembro de 2011, recurso de casación núm. 1529/2009.

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 2.<sup>a</sup>), do 12 de maio de 2011, recurso de casación núm. 142/2008.

**Artigo 45. *Publicación***

1. *Os actos administrativos serán obxecto de publicación cando así o establezan as normas reguladoras de cada procedemento ou cando o aconsellen razóns de interese público apreciadas polo órgano competente.*

*En todo caso, os actos administrativos serán obxecto de publicación, que producirá os efectos da notificación, nos seguintes casos:*

*a) Cando o acto teña por destinatario unha pluralidade indeterminada de persoas ou cando a Administración consider que a notificación efectuada a un só interesado é insuficiente para garantir a notificación a todos; neste último caso, será adicional á realizada individualmente.*

*b) Cando se trate de actos integrantes dun procedemento selectivo ou de concorrencia competitiva de calquera tipo. Neste caso, a convocatoria do procedemento deberá indicar o medio onde se efectuarán as sucesivas publicacións e carecerán de validez as que leven a cabo en lugares distintos.*

2. *A publicación dun acto deberá conter os mesmos elementos que o artigo 40.2 exige respecto das notificacións. Será tamén aplicable á publicación o establecido no número 3 do mesmo artigo.*

*Nos supostos de publicacións de actos que conteñan elementos comúns, poderán publicarse de forma conxunta os aspectos coincidentes, especificando soamente os aspectos individuais de cada acto.*



3. *A publicación dos actos realizarase no diario oficial que corresponda, segundo cal sexa a Administración de que proceda o acto que se notifica.*

4. *Sen prexuízo do disposto no artigo 44, a publicación de actos e comunicacións que, por disposición legal ou regulamentaria deba practicarse en taboleiro de anuncios ou edictos, entenderase cumprida pola súa publicación no diario oficial correspondente.*

### COMENTARIO:

Tanto a publicación como a notificación dos actos administrativos responden aos dereitos dos interesados no procedemento administrativo, atribuídos nos artigos 53.a) e 53.f) da LPACAP.

A notificación do acto administrativo sería o modo de terminación normal do procedemento administrativo, mentres que a publicación se producirá cando se dean as circunstancias recollidas neste artigo 45 obxecto de comentario.

A publicación constitúe un requisito de eficacia do correspondente acto administrativo; sen a publicación, non se produciría o efecto previsto nel. Por iso se regula a publicación dos actos administrativos dentro do capítulo dedicado á “eficacia dos actos”. Por outra banda, sinalamos que constitúe un modo de información dos actos administrativos que adopta a Administración.

A entrada e vigor da LPACAP supuxo un cambio no eido das notificacións, ao establecer o lexislador a súa preferencia pola práctica a través de medios electrónicos. A pesar desta importante novidade, consecuencia do auxe das novas tecnoloxías e dos diferentes dispositivos electrónicos, do acceso a Internet, etc., mantense idéntica a regulación da publicación dos actos administrativos (aínda que nesta lei todo o relativo á publicación se contén nun único artigo).

En primeiro lugar, dise que os actos serán obxecto de publicación cando así o determinen as normas reguladoras de cada procedemento. Bos exemplos desta esixencia de publicación serían os derivados do texto refundido da Lei de contratos do sector público. No artigo 142 do TRLCSP establécese a obriga de publicación da convocato-

ria das licitacións no *Boletín Oficial do Estado* ou nos boletíns oficiais autonómicos, así como no perfil do contratante do órgano de contratación.

Noutros preceptos do TRLCSP, concédese a posibilidade (que non obriga) de publicación de determinados actos. Citamos como exemplo a posibilidade de publicar un anuncio de información previa en relación cos contratos de obras, subministracións e servizos que se proxecte adxudicar nos seguintes doce meses (segundo o artigo 141 do TRLCSP).

Outro exemplo desta obriga de publicidade no ámbito da contratación pública é o artigo 13 da nosa Lei 1/2016, do 18 de xaneiro, de transparencia e bo goberno, que abrangue: o obxecto, a duración e o valor estimado do contrato, o procedemento de adxudicación, os pregos, os documentos descritivos e toda a documentación de interese para a licitación, incluíndo as respostas ás aclaracións, a adxudicación do contrato, a formalización do contrato, as modificacións do contrato aprobadas, as decisións de desistencia e renuncia aos contratos, a cesión de contratos e subcontratacións, entre outros aspectos.

No parágrafo segundo recóllense dous supostos que serán obxecto de publicación. Por unha banda, cando se trate dun acto que pola súa propia natureza non teña uns destinatarios determinados, xa que de existiren destinatarios coñecidos sería necesaria a notificación persoal e a publicación sería algo adicional á notificación. Exemplos deste tipo de actos que teñen unha pluralidade indeterminada de destinatarios son os instrumentos de planeamento urbanístico (plans xerais de ordenación urbana) ou os proxectos de expoliación.

O apartado b) regula a necesidade de publicación nos procedementos de selección. As convocatorias de oposicións ou concurso-oposicións son exemplos típicos de actos que teñen unha pluralidade indeterminada de destinatarios. A diferenza dos regulamentos administrativos, estes actos esgótanse co seu cumprimento.

Os procedementos de selección previstos no artigo 56 da Lei 2/2015, do 29 de abril, do emprego público de Galicia son a oposición, o concurso-oposición e, excepcionalmente, o concurso. No

artigo 49.c) establécese como principio xeral na selección dos empregados públicos a publicidade das convocatorias e das súas bases. O artigo 58 da devandita lei maniféstase no mesmo sentido e establece que os procesos selectivos dos empregados públicos se iniciarán mediante convocatoria pública, e que as convocatorias e as súas bases se publicarán no diario oficial correspondente. No propio apartado b) do parágrafo segundo do artigo 45, dise que carecerán de validez as publicacións que se que leven a cabo en lugares distintos, o cal é completamente lóxico, posto que admitir a publicación dos actos dun procedemento selectivo nun lugar diferente ao previsto supón unha infracción o principio de seguridade xurídica e da transparencia.

Por outra banda, nese mesmo apartado b) faise referencia aos procedementos de concorrencia competitiva. Exemplo deste tipo de procedemento é o que regula a concesión de subvencións. O artigo 19 da Lei 9/2007, do 13 de xuño, galega de subvencións establece que o procedemento ordinario de concesión de subvencións se tramitará en réxime de concorrencia competitiva. No artigo 6.3 da devandita lei faise referencia a obriga de publicación no *Diario Oficial de Galicia* e na páxina web do órgano concedente das bases reguladoras da concesión de subvencións.

Cómpre ter coidado coa publicación dalgúns actos que conteñan datos do beneficiario, que poden ser contrarios aos dereitos á honra e á intimidade persoal e familiar das persoas físicas, polo que debe seguirse o disposto na Lei orgánica 1/982, do 5 de maio, de protección civil do dereito á honra, á intimidade persoal e familiar e á propia imaxe.

Os elementos que debe conter a publicación dun acto son os mesmos que o artigo 40.2 esixe respecto das notificacións. É dicir, o texto íntegro da resolución, con indicación de se pon fin ou non á vía administrativa, a expresión dos recursos que procedan, de ser o caso, en vía administrativa e xudicial, o órgano ante o que tería que presentarse e o prazo para interpoñelos, sen prexuízo de que os interesados poidan exercer, de ser o caso, calquera outro que consideren procedente. Tal esixencia (regulada para a notificación do

acto administrativo e aplicable para a súa publicación) é evitar que se produza indefensión aos administrados, de modo que se esixe que se practiquen cumprindo todas as formalidades previstas para garantir o íntegro coñecemento do alcance e contido da resolución, co obxecto de que poidan reaccionar se consideran que se produciu unha lesión dos seus dereitos e intereses lexítimos mediante a interposición do pertinente recurso administrativo ou xudicial.

O apartado 3 do artigo 45 supón unha novidade da LPACAP. A necesidade desta inclusión débese á existencia de diferentes administracións territoriais (Administración xeral do Estado, administracións autonómicas e entidades locais). Plásmase no texto da lei algo que xa se viña facendo na práctica e que obedece á lóxica, como é que, dependendo do órgano que dita o acto administrativo (central, autonómico ou local), este será publicado no BOE, nun diario oficial dunha comunidade autónoma, nun boletín oficial provincial ou nun taboleiro de anuncio e edictos dunha entidade local.

O Tribunal Constitucional ten declarado que a publicación formal e necesaria dos actos xurídicos emanados das corporacións locais, en canto *condicio iuris* da súa eficacia *erga omnes*, aparece estreitamente vinculada ao principio de seguridade xurídica garantido polo artigo 9.3 da Constitución e esixe, en consecuencia, un tratamento común e uniforme en todo o territorio do Estado que só pode garantir o lexislador estatal, polo que a publicación de actos e comunicación que, por disposición legal ou regulamentaria, deban facerse no taboleiros de anuncios e edictos das entidades locais, se entenderá cumprida pola publicación no diario oficial que corresponda.

Por último, cabe sinalar que a data de publicación ten importancia para determinar o *dies a quo* do prazo para impugnar o acto administrativo publicado. Poden xurdir problemas no suposto de que o mesmo acto administrativo sexa publicado en varios diarios ou boletíns oficiais. Citamos a título de exemplo a STS de 12 de febreiro de 2013, recurso casación núm. 5530/2009, neste caso se discutía sobre o *dies a quo* para impugnar un plan xeral de ordenación urbana. O devandito plan fora publicado nun boletín oficial provincial e seguidamente foi feita unha mera recensión no diario

oficial da comunidade autónoma. O tribunal declarou que, para determinar o inicio do cómputo do prazo, se debe examinar a natureza desta segunda publicación. Se esta ten unha natureza meramente informativa, non pode determinar a apertura dos prazos para recorrer. Caso diferente se nos atopamos ante un acto administrativo que logo da súa publicación é obxecto de notificación persoal. Neste último caso, ao existir unha notificación con instrución dos recursos que caben contra o acto, o prazo para impugnar compútase desde a notificación.

#### **REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 6.<sup>a</sup>), do 19 de xullo de 1999, recurso contencioso-administrativo núm. 451/1995.

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 5.<sup>a</sup>), do 12 febreiro de 2013, recurso de casación núm. 5530/2009.

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 5.<sup>a</sup>), do 9 febreiro de 2012, recurso de casación núm. 2079/2008.

Alaya Muñoz, J. M.; García Gómez de Mercado, F.; Gutiérrez Delgado, J. M.; Monedero Montero de Espinosa, J. I., Ripoll Martínez de Bedoya, M. D., Rivero González, M.; Sanz Gandásegui, F., Vega Labella, J. I. (2008). *Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo*. Thomson Aranzadi.

González Pérez, Jesús (2012). *Comentario al artículo 59 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común*. Estudios y comentarios legislativos. Civitas.

Moreno Molina, José Antonio; Massó Garrote, Marcos F.; Pleite Guadamillas, Francisco (2006). *Procedimiento y proceso administrativo*. Thomson Aranzadi.

Tolosa Treviño, César; García Gil, Javier (2004). *Procedimiento administrativo común y procedimientos especiales de las entidades locales*. DAAP.

## **Artigo 46. *Indicación de notificacións e publicacións***

*Se o órgano competente apreciar que a notificación por medio de anuncios ou a publicación dun acto lesiona dereitos ou intereses lexítimos, limitarase a publicar no diario oficial que corresponda unha sucinta indicación do contido do acto e do lugar onde os interesados poderán comparecer, no prazo que se estableza, para coñecemento do contido íntegro do mencionado acto e constancia de tal coñecemento.*

*Adicionalmente e de maneira facultativa, as administracións poderán establecer outras formas de notificación complementarias a través dos restantes medios de difusión, que non excluirán a obriga de publicar no correspondente diario oficial.*

### **COMENTARIO:**

Con este artigo non se pretende limitar o coñecemento do contido dun acto administrativo, senón salvagardar determinados dereitos e intereses lexítimos. O órgano administrativo debe ser quen valore se a notificación por medio de anuncios ou publicación pode chegar a lesionar os dereitos e intereses lexítimos.

Esta limitación refírese aos supostos de protección de datos persoais, liberdades públicas e dereitos fundamentais das persoas físicas e, especialmente, da súa honra e intimidade persoal e familiar (dos protexidos na Lei 15/1999, do 13 de decembro, de protección de datos de carácter persoal), pero tamén pode ser de aplicación a aqueles supostos nos que a publicación de datos vulnera intereses lexítimos de empresas públicas ou privadas ou a leal competencia entre elas. Esta limitación da publicación de determinados aspectos do acto administrativo debe xustificarse debidamente.

Un claro exemplo da facultade que se lle outorga a un órgano administrativo de non publicar un acto administrativo de forma íntegra recóllese no artigo 154 do RDL 3/2011 de 14 de novembro polo que se aproba o texto refundido da Lei de contratos do sector público cando di que “Nos casos a que se refire o artigo anterior (que se refire a determinados contratos de servizos cuxa contía sexa igual ou superior a 209.000 euros), o órgano de contratación poderá non

publicar determinada información relativa á adxudicación e formalización do contrato, xustificándoo debidamente no expediente”.

O contido da notificación e da publicación dun acto administrativo normalmente debe incluír a) o texto íntegro do acto, b) a indicación de se é ou non é definitivo en vía administrativa e c) a expresión dos recursos que procedan, órgano ante o cal deberán presentarse e prazo para interpoñelos. Non obstante, a esixencia de publicación do texto íntegro do acto administrativo substitúese por unha indicación superficial do contido do acto para non vulnerar os seus dereitos e intereses lexítimos.

Os cómputos dos prazos para a impugnación do acto administrativo non poden comezar ata que a persoa interesada compareza no lugar que se indique nese extracto que se publica, se comunique o acto e se tome constancia da súa comunicación ou, se non comparece o interesado, non transcorra o prazo que se establecece.

O segundo parágrafo deste artigo pódese entender referido aos anuncios a través de diarios ou determinados medios de comunicación. Tal facultade xa se prevía na Lei de expropiación forzosa do Estado do 16 de decembro de 1954 cando, no seu artigo dezaeito, establecía que a relación dos bens ou dereitos que ía ser obxecto de expropiación se publicase nun dos xornais de maior circulación da provincia (asemade da publicación no BOE e no diario da provincia correspondente). Este inciso prevese como algo facultativo da Administración e que nunca pode substituír, como non pode ser doutra maneira, a obriga de publicar nun diario oficial.

#### **REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Alaya Muñoz, J. M.; García Gómez de Mercado, F.; Gutiérrez Delgado, J. M.; Monedero Montero de Espinosa, J. I., Ripoll Martínez de Bedoya, M. D., Rivero González, M.; Sanz Gandásegui, F., Vega Labella, J. I. (2008). *Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo*. Thomson Aranzadi.

Moreno Molina, José Antonio; Massó Garrote, Marcos F.; Pleite Guadamillas, Francisco (2006). *Procedimiento y proceso administrativo*. Thomson Aranzadi.

Tolosa Treviño, César; García Gil, Javier (2004). *Procedimiento administrativo común y procedimientos especiales de las entidades locales*. DAAP.

### CAPÍTULO III

## Nulidade e anulabilidade

#### Artigo 47. Nulidade de pleno dereito

Os actos das administracións públicas son nulos de pleno dereito nos casos seguintes:

- a) Os que lesionen os dereitos e liberdades susceptibles de amparo constitucional.
- b) Os ditados por órgano manifestamente incompetente por razón da materia ou do territorio.
- c) Os que teñan un contido imposible.
- d) Os que sexan constitutivos de infracción penal ou se diten como consecuencia desta.
- e) Os ditados prescindindo total e absolutamente do procedemento legalmente establecido ou das normas que conteñen as regras esenciais para a formación da vontade dos órganos colexiados.
- f) Os actos expresos ou presuntos contrarios ao ordenamento xurídico polos cales se adquiren facultades ou dereitos cando se careza dos requisitos esenciais para a súa adquisición.
- g) Calquera outro que se estableza expresamente nunha disposición con rango de lei.

2. Tamén serán nulas de pleno dereito as disposicións administrativas que vulneren a Constitución, as leis ou outras disposicións administrativas de rango superior, as que regulen materias reservadas á lei e as que establezan a retroactividade de disposicións sancionadoras non favorables ou restritivas de dereitos individuais.

#### COMENTARIO:

A invalidez é a situación na que se poden atopar os actos administrativos caracterizada pola ausencia ou existencia de vicios nalgúns



dos seus elementos. No noso ordenamento xurídico distínguense dúas categorías básicas e ben diferenciadas de invalidez segundo a gravidade da infracción. Dun lado, a nulidade –absoluta ou de pleno dereito–, que será obxecto de estudo no comentario deste artigo e que supón o grao máximo de invalidez e, doutro lado, a anulabilidade. Esta distinción cobra especial relevancia no tocante á revisión de oficio, xa que os actos nulos son revisables en calquera momento pola Administración autora, mentres que os actos anulables deben ser obxecto de procedemento de lesividade.

No artigo 47 regúlanse a nulidade dos actos administrativos e as disposicións administrativas de carácter xeral.

A nulidade do acto administrativo ten lugar cando este infrinxe algún tipo de prohibición legal ou cando carece dalgún dos elementos ou requisitos esenciais. Por outra banda, a anulabilidade prodúcese cando, a pesar de concorrer os elementos ou requisitos esenciais, o acto ten algún vicio ou defecto que o invalida de acordo coa lei.

No artigo 6.3 do CC, se establece que os actos contrarios ás normas imperativas son nulos de pleno dereito, salvo que nelas se estableza un efecto distinto para o caso de contravención. A regra xeral no ámbito civil é a nulidade de pleno dereito.

No ámbito do dereito administrativo, a regra xeral é a anulabilidade e só debe apreciarse a nulidade do acto administrativo nos supostos enumerados no propio artigo 47 da LPACAP. Cabe destacar que o feito de que a regra xeral no ámbito de dereito administrativo sexa a anulabilidade se debe ao principio de eficacia que rexe a actuación da Administración pública (artigo 103 da CE).

Neste artigo non se realiza unha exhaustiva enumeración dos supostos determinantes de nulidade absoluta, posto que no último apartado se deixa aberta a posibilidade de que se establezan motivos de nulidade por unha norma con rango de lei. A xurisprudencia do Tribunal Supremo tense pronunciado en numerosas ocasións sobre o carácter restritivo da nulidade absoluta que só debe apreciarse nos supostos previstos por lei. Citamos por todas a Sentenza do Tribunal Supremo do 26 xaneiro de 2016, recurso de casación núm. 3159/2013.

O acto nulo de pleno dereito ten un vicio especialmente grave, polo que non produce efecto ningún e, de produci-lo, poderá ser anulado en calquera momento sen que contra a dita invalidez poida opoñerse a emenda do defecto polo transcurso do tempo.

As características do acto administrativo nulo son: o carácter automático e inmediato da invalidez, a cal se produce sen necesidade de interpelación xudicial; a ineficacia inmediata do acto e efectos *erga omnes* que pode ser invocada por calquera persoa ou ben ser aplicada de oficio polos tribunais; e por último non pode ser sandado por confirmación ou prescrición. Os efectos da declaración de nulidade dun acto administrativo prodúcense *ex tunc* ou desde o momento en que o acto en cuestión tivo lugar. É dicir, considérase que o acto declarado nulo de pleno dereito non produciu efecto ningún.

Por último, a nulidade absoluta pódese facer valer en calquera momento. En relación con esta última nota definitoria da nulidade de pleno dereito, cabe referirse ao artigo 106 da LPACAP, que di que as administracións públicas en calquera momento declararán de oficio a nulidade dos actos administrativos que puxesen fin á vía administrativa ou que non fosen recorridos en prazo (establécese a imprescricibilidade para a acción de nulidade).

O apartado a) do artigo 47.1 regula a nulidade de pleno dereito dun acto administrativo pola vulneración de dereitos e liberdades susceptibles de amparo constitucional, que son aqueles recoñecidos nos artigos 14 a 29 e no artigo 30.2 da Constitución española. Este último artigo refírese á obxección de conciencia, pero coa supresión do servizo militar obrigatorio hai máis de 20 anos, colíxese que a inclusión deste suposto é un tanto anacrónica.

Este apartado non se refire á vulneración de calquera dos dereitos regulados na Constitución, senón unicamente dos dereitos susceptibles de seren protexidos polo recurso de amparo ante o Tribunal Constitucional. No momento en que se alega tal vulneración, o interesado debe concretar cal é o dereito afectado e o impacto producido. Cunha mera afirmación de forma xenérica da vulneración dos dereitos fundamentais non pode prosperar un recurso, tal e como se

conclúe na Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 22 de xaneiro de 2014 (rec.735/2010).

Probablemente, a vulneración do dereito á igualdade que, como é sabido, integra un dos dereitos susceptibles de amparo constitucional é a máis invocada dos posibles vicios de nulidade. O principio de igualdade na aplicación da lei foi profusamente analizado polo Tribunal Constitucional, o cal conclúe que, para vulnerar esta dimensión do principio de igualdade, é necesaria a concorrencia de varios requisitos. En primeiro lugar, a acreditación pola parte actora dun *tertium comparationis*, dado que o xuízo de igualdade se realiza sobre a comparación entre a resolución administrativa que se impugna e aquelas outras precedentes resolucións do mesmo órgano administrativo en casos substancialmente iguais; a carga da proba correspóndelle ao recorrente (por todas). En segundo lugar, a identidade de supostos resoltos de forma contraditoria, pois só se os casos son iguais entre si se pode efectivamente pretender que as solucións dadas sexan iguais á do outro. En terceiro lugar, a identidade de órgano administrativo. (Sentenza 105/2009, do 4 de maio [RTC 2009, 105], recurso 4218/2005).

O apartado b) do artigo 47.1 refírese aos actos ditados por un órgano manifestamente incompetente por razón da materia ou do territorio. En dereito administrativo, a falta de competencia é a ausencia de atribución lexítima a un órgano administrativo para o coñecemento ou resolución dun asunto. Pode ser absoluta se o é por razón da materia e do territorio. Exclúense como motivo de nulidade os supostos de incompetencia xerárquica, o apartado 3 do artigo 52 da Lei 39/2015, inclúeo como un vicio non determinante de nulidade e que pode ser obxecto de validación.

Un dos requisitos determinantes para predicar a nulidade do acto administrativo nestes supostos de incompetencia é que esta sexa “manifesta”. Con todo, esta característica non se entenderá como algo evidente ou que se pode apreciar de forma moi clara. É lóxico que o que para o persoal que traballa na Administración pública pode ser evidente, non o é tanto para un cidadán leigo en dereito. O criterio así considerado pode resultar pouco fiable e carente de ri-

gor posto que dependería dos coñecementos xurídicos do intérprete. Este adxectivo que se lle engade á incompetencia refírese á “gravidade” do vicio que sexa detectado.

A xurisprudencia declara que a incompetencia manifesta dun órgano é a que deriva da falta de autorización para intervir nun determinado asunto por razón da materia ou do territorio. A incompetencia non manifesta é a que deriva da falta de autorización dun órgano por razón da xerarquía e só dá lugar á anulabilidade. Como exemplo de incompetencia manifesta podemos pensar na resolución dunha responsabilidade patrimonial sanitaria por parte do a Dirección Xeral de Función Pública. Neste caso, enténdese que a gravidade é de tal envergadura que se pode incluír dentro deste motivo determinante da nulidade do acto administrativo.

O apartado c) do artigo 47 refírese aos actos administrativos que teñan un contido imposible. Desde un punto de vista teórico, podemos distinguir varias clases de imposibilidade: a física, a ideal e a xurídica. A imposibilidade física dun acto ten lugar cando resulta absolutamente inadecuado á realidade material sobre a que recae, como ocorre se o acto se refire a un suxeito ou a un obxecto inexistente (por exemplo, nomear funcionario unha persoa falecida ou a demolición dunha construción xa derruída). A imposibilidade ideal xorde cando a estrutura lóxica do acto está defectuosamente conformada ao existiren dentro desta elementos contraditorios. Por último, a xurídica, cando o acto contradí de maneira clara e terminante o ordenamento xurídico por faltar os orzamentos do propio acto.

Desde un punto de vista práctico non se pode alegar a nulidade de pleno dereito á “imposibilidade xurídica”, posto que supoñería incluír dentro deste apartado a todo aquel acto contrario ao ordenamento xurídico.

O apartado cuarto refírese a todos aqueles actos que sexan constitutivos de infracción penal ou se diten como consecuencia desta. O suposto refírese non só aos delitos senón tamén ás faltas (xa que se utiliza o termo infracción penal) e inclúe tanto aqueles actos administrativos que ao ditarse sexan constitutivos de infracción

penal como aqueles que se ditan como consecuencia dunha infracción penal (por exemplo, o acto ditado como consecuencia dun suborno).

Con carácter xeral, podemos establecer, dado o carácter prexudicial da xurisdición penal, que é necesaria a existencia dunha resolución previa dos tribunais penais para aplicar este motivo de nulidade. En vía administrativa, non se pode declarar que uns feitos son constitutivos de infracción penal, esta declaración correspóndelle á xurisdición penal conforme o artigo 10 da Lei orgánica 6/1985 do poder xudicial.

A Administración non pode declarar por si mesma que se cometeu unha “infracción penal” da que derive a aplicación do artigo 47.d) da LPACAP para os efectos da revisión de oficio. Poderá admitir a solicitude de revisión se, entre outras hipóteses, quen a insta acredita un previo pronunciamento da xurisdición penal a teor do cal se xulgo que o acto administrativo impugnado era delituoso (ou que se ditou a consecuencia dun delito).

O primeiro dos supostos que contén o apartado e) do artigo 47.1 refírese aos actos ditados prescindindo total e absolutamente do procedemento legalmente establecido. Nun primeiro momento entendeu a xurisprudencia que sería motivo de nulidade a dita ausencia de procedemento. Posteriormente, entendeuse que esta interpretación era excesivamente literalista e reducida, posto que é case impensable ditar un acto administrativo sen cumprir trámite ningún de procedemento. É case imposible imaxinar un suposto no que a Administración dite un acto prescindindo de maneira total dun procedemento, o que si pode ser máis frecuente é que siga un procedemento distinto ou prescindir dun trámite esencial. Como exemplo deste último suposto, podemos citar a resolución de autorización de verteduras (regulada no art. 246 e ss. do Regulamento de dominio público hidráulico) sen someter a solicitude de realización ao trámite de información pública por un prazo de 30 días, tal e como se esixe no artigo 248 dese regulamento.

O segundo suposto do apartado e) do artigo 47.1 da LPACAP refírese aos actos ditados por prescindir das regras esenciais para a

formación da vontade dos órganos colexiados. O seu funcionamento regúlase no artigo 15 e seguintes da LRXSP. Os acordos adoptados serán nulos de pleno dereito se non se observan estas normas para a composición e formación válida da súa vontade. As regras para a formación da vontade dos órganos colexiados veñen establecidas no artigo 17 da LRXSP (convocatorias e sesións). Debemos sinalar que este suposto é unha especificación legal do anterior. Precísase da omisión total das regras esenciais, por exemplo, cando un acordo se tome sen a maioría dos votos (art. 17.5) ou ben por non observarse o *quorum* para a súa constitución (o art. 17.2 fai referencia á metade dos membros do órgano colexiado).

O apartado f) do artigo 47 refírese aos actos expresos ou presuntos contrarios ao ordenamento xurídico, polos que se adquiren facultades ou dereitos cando se careza dos requisitos esenciais para a súa adquisición.

É doutrina xurisprudencial reiterada a que sinala que este suposto de nulidade radical supón a plasmación, no ámbito do dereito administrativo, da proscripción xeral de adquirir dereitos en contra da lei, establecido no artigo 6.3 do Código civil, e que tal precepto esixe dous requisitos: que o acto “sexa contrario ao ordenamento xurídico” e que mediante el se adquiran “facultades ou dereitos” para os que non se teñen os “requisitos” necesarios, que ademais se esixe que sexan “esenciais”, esixencias que han reputarse independentes e acumulativas para viciar o acto de nulidade.

A redacción deste apartado supón certa inseguridade xurídica, posto que se debe interpretar cales son eses “requisitos esenciais”, cuestión que só se resolverá caso por caso. Cabe lembrar que a súa interpretación, como o resto das causas de nulidade de pleno dereito, debe ser realizada dunha forma restritiva. A devandita expresión foi interpretada pola xurisprudencia como referida a aqueles requisitos máis significativos e directa e indisolublemente ligados á natureza mesma do dereito, precisamente para evitar que se desvirtúe este extraordinario motivo de invalidez e que veña equipararse, na práctica, cos motivos de anulabilidade previstos no ordenamento xurídico.

O concepto de requisito esencial exclúe calquera xeneralización deste e obriga a analizar os presupostos de feito que deben concorrer no suxeito, ou no obxecto sobre o que recaia a actividade, a teor da norma concreta que deba ser aplicada, para que se produza o efecto de adquisición de facultades ou dereitos previstos por ela. Tal rigurosidade non é posible ignorala porque levaría á desnaturalización da vixente causa legal e do propio réxime da invalidez dos actos administrativos. O Consello de Estado cualifícaos, cando se refire a requisitos esenciais, no Ditame do 16 de novembro de 2000, núm. 3336/2000, como «... presupostos inherentes á estrutura definitiva do acto». Calquera falta de presuposto do acto ou calquera contradición deste co ordenamento xurídico non é suficiente para estimalo incurso nesa causa de nulidade de pleno dereito.

Por último, inclúese no apartado g) calquera outro motivo que se estableza expresamente nunha disposición con rango de lei. Citamos como exemplo o artigo 32 do Real decreto legislativo 3/2011, do 14 novembro, que aproba o texto refundido da Lei de contratos do sector público, nos que, entre outros, se inclúen: a falta de capacidade de obrar ou de solvencia económica, financeira, técnica ou profesional, debidamente acreditada, do adxudicatario, ou o estar este incurso nalgunha das prohibicións para contratar; a carencia ou insuficiencia de crédito.

O apartado segundo do artigo 47 establece que serán nulas de pleno dereito as disposicións administrativas que vulneren a Constitución, as leis ou outras disposicións administrativas de rango superior, as que regulen materias reservadas á lei, e as que establezan a retroactividade de disposicións sancionadoras non favorables ou restritivas de dereitos individuais.

A diferenza fundamental do réxime de invalidez das disposicións xerais con respecto aos actos administrativos consiste en que para as primeiras se prevé a nulidade de pleno dereito como única consecuencia, mentres que para os segundos pode provocar tanto a nulidade como a anulabilidade. Esta diferenza responde, pola súa vez, á esencial diferenza entre uns e outros: mentres o acto administrativo

é o acto de aplicación singular dunha norma, a norma ten carácter de disposición xeral.

Por iso, se a ilegalidade dun regulamento só fose determinante de anulabilidade e tivese que ser instada dentro de prazo determinado e por persoa lexitimada, faríase depender a eficacia da norma regulamentaria e, así, da norma legal que aquela contraveña, de que se producise a súa impugnación. É dicir, se non se producise a nulidade de pleno dereito senón a mera anulabilidade, podería validarse un regulamento ilegal polo mero transcurso do prazo do que dispón a persoa interesada para a súa impugnación. Isto faría que tal norma, o regularmente ilegal resultase de aplicación.

O único procedemento legal para declarar a nulidade das disposicións administrativas nos supostos previstos no artigo 47.2 da LPA-CAP é o disposto no seu artigo 106.2, que só pode iniciar de oficio a Administración pública, sen que caiba a posibilidade de inicalo por instancia ou solicitude de interesado.

A Administración pública ten potestade de tramitar un procedemento para a revisión dunha disposición xeral nula de pleno dereito. Tal potestade administrativa non supón conferirlles aos particulares interesados o exercicio dunha acción de nulidade tendente a obter a devandita declaración de nulidade radical, o que, ademais, resulta lóxico dada a posibilidade que estes teñen, ao amparo do artigo 26 da Lei 29/1998 da xurisdición contencioso-administrativa, de impugnar en sede xurisdiccional unha disposición de carácter xeral ao exercitar unha acción fronte a un acto de aplicación desta baseándose en que tal disposición non é conforme a dereito.

#### **REFERENCIAS XURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 3.<sup>a</sup>), do 26 de xaneiro de 2016, recurso de casación núm. 3159/2013.

Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (Sección 1.<sup>a</sup>), do 22 de xaneiro de 2014, recurso contencioso-administrativo núm.735/2010.



Sentenza 105/2009 do Tribunal Constitucional (Sala 1.<sup>a</sup>), do 4 de maio de 2009, recurso de amparo núm. 4218/2005.

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 3.<sup>a</sup>), do 26 de novembro de 2008, recurso de casación núm. 1988/2006.

Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 2.<sup>a</sup>), do 5 novembro de 2015, recurso contencioso-administrativo núm. 4321/2011.

Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 5.<sup>a</sup>), do 22 de novembro de 2006, recurso de casación núm. 4084/2003.

Ayala Muñoz, José María (2008). *Comentario al artículo 62 de la Ley 30/1992, del régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común*. Thomson Aranzadi.

Alaya Muñoz, J. M.; García Gómez de Mercado, F.; Gutiérrez Delgado, J. M.; Monedero Montero de Espinosa, J. I., Ripoll Martínez de Bedoya, M. D., Rivero González, M.; Sanz Gandásegui, F., Vega Labella, J. I. (2008). *Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo*. Thomson Aranzadi.

Santamaría Pastor, Juan Alfonso (2009). *Principios de derecho administrativo general*. Iustel.

Tolosa Treviño, César; García Gil, Javier (2004). *Procedimiento administrativo común y procedimientos especiales de las entidades locales*. DAAP.

## **Artigo 48. Anulabilidade**

1. *Son anulables os actos da Administración que incorran en calquera infracción do ordenamento xurídico, mesmo a desviación de poder.*

2. *Non obstante, o defecto de forma soamente determinará a anulabilidade cando o acto careza dos requisitos formais indispensables para alcanzar o seu fin ou dea lugar á indefensión dos interesados.*

3. *A realización de actuacións administrativas fóra do tempo establecido para elas soamente implicará a anulabilidade do acto cando así o impoña a natureza do termo ou prazo.*

**COMENTARIO:**

A anulabilidade configúrase como a regra xeral do réxime de invalidez dos actos administrativos. Cando un acto infrinxe o ordenamento xurídico é anulable. Recoñéceselle ao afectado polo acto administrativo a posibilidade de reaccionar contra este e solicitar a súa declaración de nulidade. A devandita regra constitúese en beneficio exclusivo do particular afectado polo acto e ten a súa xustificación na presunción de validez das actuacións das administracións públicas, tendentes á consecución do interese público.

A anulabilidade ten uns efectos moito máis limitados ca os da nulidade. Ten trazos opostos aos da nulidade absoluta: non posúe carácter automático, é precisa a súa declaración xudicial para que produza efecto (a sentenza xudicial ten carácter constitutivo); só a poderán alegar as persoas en cuxo beneficio se establece e nun determinado prazo. Por último e a diferenza do acto nulo, o acto anulable pode ser sandado por confirmación ou prescrición.

Os motivos polos cales se pode anular un acto administrativo poden consistir en calquera infracción do ordenamento xurídico, incluso a desviación de poder. Unha definición do que é a desviación de poder atopámola no artigo 70.2 da Lei 29/1998, do 13 de xullo, da xurisdición contencioso-administrativa, cando di que “se entende por desviación de poder o exercicio de potestades administrativas para fins distintos dos fixados polo ordenamento xurídico”.

A desviación de poder esixe a constatación de se a Administración actuante se apartou da finalidade para cuxa satisfacción a norma lle atribúe unha determinada potestade. Toda competencia ou potestade administrativa a atribúe o ordenamento xurídico en atención a unha finalidade específica e calquera actuación que se aparte desa finalidade vulnera o ordenamento xurídico. Non é necesario que o fin perseguido sexa un fin privado, senón que abonda con que o dito fin, aínda que sexa público, sexa diferente do previsto e fixado pola norma que atribúe a concreta potestade de que se trate (García de Enterría). Non é necesario demostrar cal foi o fin perseguido para determinar a concorrencia de desviación de poder.

Importa advertir que a desviación de poder é un vicio do acto administrativo para cuxa apreciación é necesario comparar dous “fins”: por unha banda, o “xeral” cuxo establecemento o ordenamento xurídico lle atribúe a potestade á Administración e, por outra, o que en “concreto” perseguiu a Administración ao ditar o acto cuxa legalidade se discute. Tanto a doutrina como a xurisprudencia refire as dificultades da existencia de proba directa polo que, en definitiva, na maioría dos casos, estaremos en presenza duns actos administrativos regularmente adoptados e formalmente conformes coa finalidade que teñen prevista pero que, no fondo, encobren unha finalidade que os perverte e os converte en anulables. E posto que este vicio esixe unha indagación no terreo psicolóxico que é de moi difícil proba, haberá que acudir normalmente ás presuncións, que son un xuízo lóxico por cuxa virtude dun feito “base” se extrae un feito “consecuencia”, para o que se esixe que o feito “base” estea “completamente acreditado” e que entre o feito “base” e o feito “consecuencia” exista “unha ligazón precisa e directa segundo as regras do criterio humano”.

Podemos poñer como exemplo da desviación de poder a utilización das prerrogativas da Inspección Tributaria para obter datos relevantes de terceiros, xa que no curso dunha inspección só poden solicitarse datos con relevancia para o propio suxeito inspeccionado, aínda que a teñan tamén para terceiros. Constitúe desviación de poder a utilización do procedemento inspector para solicitar información sobre terceiros, que só pode obterse pola vía dun requirimento formulado ao amparo do artigo 111 LXT, e mesmo datos sobre as peculiaridades de determinados sectores da actividade empresarial ou profesional incluso sen unha transcendencia tributaria inmediata respecto de ningunha persoa concreta.

O apartado segundo deste artigo contén unha primeira excepción á regra xeral do apartado primeiro posto que, cando a infracción do ordenamento consista simplemente nun defecto de forma, só determinará a anulabilidade cando o acto careza dos requisitos formais indispensables para alcanzar o seu fin ou dea lugar á indefensión das persoas interesadas.

Cando se produce a infracción dunha norma reguladora da forma dos actos administrativos, esta non dá lugar, sen máis, á anulabilidade. Como ten declarado a xurisprudencia, o vicio de forma ou procedemento non é invalidante de seu, senón cando o acto careza dos requisitos indispensables para alcanzar o seu fin ou dea lugar a indefensión. No noso dereito non teñen as formalidades unha finalidade en si mesmas, senón en canto son garantía de acerto para a decisión da Administración e de salvagarda dos dereitos da cidadanía, entre eles o de evitar ocasionarlle indefensión.

Será frecuente na tramitación de determinados procedementos atopar escritos nos que os administrados aleguen a vulneración do artigo 48.2 de forma subsidiaria á vulneración do artigo 47.1.e) da LPACAP. Para que poida apreciarse a nulidade prevista no devandito artigo 47.1.e), debemos atoparnos ante actos ditados pola Administración e nos que, de modo manifesto e flagrante, concorra unha ausencia total de procedemento. Polo que cando haxa unha tramitación non será de aplicación este artigo e non se pode colixir a concorrencia de nulidade de pleno dereito. No caso de atoparnos ante un procedemento que carece dun trámite, este terá que producir a indefensión do interesado para que sexa determinante de nulidade de pleno dereito. Poñendo como exemplo a falta de cumprimento do trámite de audiencia nun procedemento non sancionador, na Sentenza do Tribunal Supremo do 15 de outubro de 2009 conclúese que a falta de audiencia neste tipo de procedementos non é, de seu, causa de nulidade de pleno dereito. Só se pode anular o acto naqueles casos nos que tal omisión produce indefensión material e efectiva. Dentro do ámbito dun procedemento non sancionador, ningunha das causas de nulidade recollidas no artigo 47 da LAPCAP resulta aplicable á simple falta do trámite de audiencia. Non o é a prevista na letra a), segundo a cal son nulos de pleno dereito aqueles actos que lesionen o contido esencial dos dereitos e liberdades susceptibles de amparo constitucional, porque o dereito á defensa só constitúe un dereito susceptible do devandito remedio constitucional no marco dun procedemento sancionador, pola aplicación a este –aínda con certa flexibilidade– das garantías propias do proceso penal, segundo reiterada xurisprudencia do Tribunal

Constitucional e Tribunal Supremo. Fóra dese ámbito sancionador, a falta do trámite de audiencia no procedemento administrativo, se se produce, poderá orixinar as consecuencias que o ordenamento xurídico preveña, pero non afectan a un dereito fundamental ou liberdade pública susceptible de amparo constitucional. A falta dese trámite de audiencia, por esencial que poida reputarse, non supón por si mesma que se prescindiu total e absolutamente do procedemento legalmente establecido (STS do 13 de outubro de 2000, recurso de casación núm. 5697/1995), polo que tampouco lle afecta, en principio, a causa de nulidade de pleno dereito prevista na letra e) do artigo 47 da LAPCAP.

Por outra banda, é claro que á ausencia do trámite de audiencia lle é de aplicación de maneira moi directa a previsión deste apartado 2 do artigo 48, que establece a anulabilidade dun acto administrativo por defecto de forma cando esta dea lugar á indefensión do interesado. E, precisamente, se é esencial o trámite de audiencia, é porque a súa falta podería determinar que se producise a efectiva indefensión do afectado. Agora ben, esa indefensión non equivale á propia falta do trámite, senón que ha de ser real e efectiva, isto é, para que exista indefensión determinante da anulabilidade do acto é preciso que o afectado estivese imposibilitado de aducir en apoio dos seus intereses cantas razóns de feito e de dereito poida considerar pertinentes para iso.

Dentro dun procedemento non sancionador, non se produce a dita indefensión material e efectiva cando, a pesar da falta do trámite de audiencia previo á adopción dun acto administrativo, o interesado puido alegar e achegar canto estimou oportuno. Tal oportunidade de defensa púidose producir no propio procedemento administrativo que conduciu ao acto, a pesar da ausencia formal dun trámite de audiencia convocado como tal pola Administración. Así mesmo, o afectado pode contar coa ocasión de exercer a defensa dos seus intereses cando exista un recurso administrativo posterior e, en último termo, esta posibilidade de plena alegación de feitos e de razóns xurídicas e consecuente evitación da indefensión pódese dar xa ante a xurisdición contencioso-administrativa. O anterior tampouco supón que a simple existencia de recurso ad-

ministrativo ou xurisdiccional posterior emende de maneira automática a falta de audiencia anterior ao acto administrativo, posto que as circunstancias específicas de cada caso poden determinar que estes recursos non posibilitasen, pola razón que sexa, a dita defensa eficaz dos intereses do cidadán afectado, o que habería de determinar en última instancia a nulidade daquel acto por producirse unha indefensión real e efectiva determinante de nulidade nos termos do artigo 48.2.

Como di a Sentenza do Tribunal Supremo do 21 de maio de 2002, recurso de casación núm. 5610/1996, o trámite de audiencia, ao igual ca o recurso administrativo, ten como finalidade permitir-lle ao interesado facer valer fronte á Administración as alegacións e probas que poidan ser útiles para os seus dereitos, sen necesidade de afrontar os gastos e gravames dun proceso xurisdiccional; por iso, a eventual posibilidade de acudir a este último proceso non dispensa a Administración da súa obriga de ofrecer e facer efectivo aquel trámite.

No último apartado do artigo 48 regúlase a realización dos actos administrativos fóra do prazo establecido. Sendo a regra xeral a validez, se aplicará esta sempre que non exista norma en contrario. A infracción por parte da Administración dos prazos establecidos nas normas non constitúe máis ca unha irregularidade non invalidante. A excepcionalidade da ineficacia do acto extemporáneo aparece subliñada no propio precepto que di que “só implicará a anulabilidade...” e condiciónase ademais a que o imponha a natureza mesma do prazo ou termo, o que a xurisprudencia identificou coa frustración do fin propio do acto administrativo, ou coa causación dunha indefensión real ás persoas afectadas.

En principio, a regra xeral sinalada vén limitarse aos prazos procedementais: non só aos que se prevén para ditar os actos de trámite dun procedemento, senón tamén á resolución. Pero cando o período de tempo establecido non é un prazo procedemental, senón un prazo para o exercicio de potestades e dereitos, non xoga aquela regra xeral. Polo exposto, de ningún xeito se aplicará a regra xeral e si a da invalidez do acto extemporáneo cando esteamos ante un prazo

para o exercicio de potestades administrativas, como a sancionadora. Isto supón un límite ao exercicio da potestade sancionadora por razóns de seguridade xurídica comúns a todo o dereito punitivo.

#### REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOCTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:

- Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-administrativo), do 27 de novembro de 2009, recurso de casación núm. 4389/2005.
- Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-administrativo), do 16 de xaneiro de 2015, recurso de casación núm. 5212/2011.
- Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-administrativo), do 11 de xullo de 2003, recurso de casación para unificación da doutrina núm. 7983/1999.
- Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 1.<sup>a</sup>), do 18 decembro de 2013, recurso de apelación núm. 339/2013.
- Sentenza da Audiencia Nacional (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 6.<sup>a</sup>), do 10 novembro de 2015, recurso de apelación núm. 29/2015.
- Alaya Muñoz, J. M.; García Gómez de Mercado, F.; Gutiérrez Delgado, J. M.; Monedero Montero de Espinosa, J. I., Ripoll Martínez de Bedoya, M. D., Rivero González, M.; Sanz Gandásegui, F., Vega Labella, J. I. (2008). *Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo*. Thomson Aranzadi.
- Falcón y Tella, Ramón (1996). *Publicación: Revista Quincena Fiscal num. 4/1996*. Pamplona: Editorial Aranzadi, SA.
- González Navarro, Francisco (2012). *Comentario al artículo 63 de la Ley 30/1992, del régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común*. Thomson Aranzadi.
- Santamaría Pastor, Juan Alfonso (2009). *Principios de derecho administrativo general*. Iustel.
- Tolosa Treviño, César; García Gil, Javier (2004). *Procedimiento administrativo común y procedimientos especiales de las entidades locales*. DAAP.

### **Artigo 49. Límites á extensión da nulidade ou anulabilidade dos actos**

1. *A nulidade ou anulabilidade dun acto non implicará a dos sucesivos no procedemento que sexan independentes do primeiro.*

2. *A nulidade ou anulabilidade en parte do acto administrativo non implicará a das partes deste independentes daquela, salvo que a parte viciada sexa de tal importancia que sen ela o acto administrativo non tería sido ditado.*

#### **COMENTARIO:**

O artigo 49 da LPACAP recolle un apriorismo que é necesario destacar: os actos das administracións públicas suxeitos ao dereito administrativo presumíranse válidos. Establece o principio xeral da intransmisibilidade da invalidez dos actos administrativos. O acto administrativo presúmese válido e produce efectos desde a data en que se ditase, salvo que neles se estableza outra cousa.

Esta presunción legal de validez supón que, mentres non declare a propia Administración ou a xurisdición contencioso-administrativo a irregularidade dun acto administrativo, este opera no mundo xurídico. Lembramos que dentro deses efectos están o de executividade dos actos administrativos, efecto mediante o cal os actos producen efectos desde que se ditan, e o de executoriedade, que implica que a Administración levará a termo eses efectos polos seus propios medios.

O establecemento deste principio de intransmisibilidade da invalidez débese á regra xeral de presunción de validez, ao principio de conservación dos actos administrativos e tamén a un dos principios que deben rexer a actuación das administracións públicas, o de eficacia, segundo resulta do artigo 103 da Constitución española. A materialización deste principio tradúcese neste artigo. Resulta contrario ao principio de eficacia que a invalidez dun acto administrativo afecte a validez e eficacia doutros actos (aínda que sexan consecuencia daquela).



Este principio de eficacia, que está presente en toda a lexislación administrativa, unido á presunción de validez dos actos administrativos tradúcese no denominado principio de *favor acti* ou principio favorable á conservación dos actos administrativos.

O primeiro parágrafo do artigo comentado dispón que a nulidade ou anulabilidade dun acto administrativo non implicará os sucesivos que sexan independentes do primeiro. Refírese ao suposto de que, dentro dun mesmo procedemento, se considere inválido un acto e se ditasen outros posteriores independentes do primeiro. Esta regra xeral de intransmisibilidade dos actos administrativos esixe que a existencia destes actos posteriores a aquel declarado nulo non teñan unha relación de «causalidade» respecto dos anteriores. Todas aquelas actuacións que non traian causa do acto anulado manteñanse válidas aínda que, como sinalan moitos autores, dificilmente se aplicará esta excepción, pois o normal é que entre os actos que integran o procedemento exista aquela conexión causal. E, cando se repoñan as actuacións ao momento en que se cometeu a infracción e se repitan os trámites ulteriores, resulta innecesario repetir as que eran independentes.

Cómpre ter en conta o declarado en numerosas ocasións pola xurisprudencia respecto da intransmisibilidade da nulidade ou anulabilidade. Esta sempre se aplica para os actos administrativos e nunca para os regulamentos, que son disposicións administrativas de carácter xeral. Como sinala a Sentenza do Tribunal Supremo, do 14 de outubro de 2014, recurso de casación núm. 965/2012, o establecido no antigo artigo 64 da Lei 30/1992 (redactado de forma idéntica ao actual artigo 49) non é aplicable aos regulamentos, de maneira que, se un órgano xudicial declara nulo un regulamento, non cabe conservar actos nin trámites que se ditasen con posterioridade.

O apartado segundo do artigo refírese a que nun mesmo acto poden diferenciarse varias partes e só infrinxir o ordenamento xurídico unha delas. Neste caso a invalidez desa parte do acto administrativo non implicará a das súas partes independentes daquela. Por último, debemos sinalar que a parte viciada dos actos administrativos non

debe de ser de tal magnitude que os ditos actos non se ditasen se non fose por ela.

#### **REFERENCIAS XURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 5.<sup>a</sup>), do 13 de outubro de 2010, recurso de casación núm. 3181/2006.

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 5.<sup>a</sup>), do 10 de maio de 2011, recurso de casación núm. 2072/2007.

Alaya Muñoz, J. M.; García Gómez de Mercado, F.; Gutiérrez Delgado, J. M.; Monedero Montero de Espinosa, J. I., Ripoll Martínez de Bedoya, M. D., Rivero González, M.; Sanz Gandásegui, F., Vega Labella, J. I. (2008). *Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo*. Thomson Aranzadi.

Tolosa Treviño, César; García Gil, Javier (2004). *Procedimiento administrativo común y procedimientos especiales de las entidades locales*. DAAP.

#### **Artigo 50. Conversión de actos viciados**

*Os actos nulos ou anulables que, no entanto, conteñan os elementos constitutivos doutro distinto producirán os efectos deste.*

#### **COMENTARIO:**

Estamos ante outra manifestación do principio *favor acti* no que se establece que, se se dan os elementos que esixe o ordenamento xurídico para que un acto poida ser considerado como outro acto diferente, producirá os efectos deste.

Mentres que para a validación se esixe que os actos adoezan dalgún vicio que sexa determinante da anulabilidade (nunca poderá ser obxecto de validación cando o vicio sexa determinante da nulidade de pleno dereito do artigo 47 da Lei 39/2015), neste caso inclúense expresamente os actos nulos ademais dos anulables. Trátase

dun caso substancialmente diferente da validación do artigo 52, posto que a validación se produce cando a Administración emenda o acto viciado, é dicir, se mantén o acto, namentres que na conversión se producen os efectos dun acto administrativo diferente.

Unha parte da doutrina considera pouco apropiado falar de conversión, posto que neste caso non se transforma un acto administrativo senón que se produce un acto novo. Outra parte considera que a conversión non supón o nacemento dun acto novo, senón a transformación dos efectos do acto inválido nos efectos propios doutro acto administrativo diferente (sempre que reúna os seus requisitos). O punto coincidente é o de considerar que non ten sentido a conversión do acto administrativo cando é posible a súa validación. A conversión opera cando, dada a infracción que en incorra o acto inválido, o máis lóxico sexa a conversión noutro diferente.

Os efectos producíranse desde o instante en que se ditou o acto viciado xa que desde aquel momento concorrían todos os elementos do acto administrativo que finalmente produce os seus efectos.

A xurisprudencia, de forma pouco frecuente, aplicou o concepto da conversión dos actos administrativos. Como exemplo no que o acto produce determinados efectos, aínda que non sexan os propios do acto viciado, podemos citar a Sentenza 638/2004 do Tribunal Superior de Xustiza de Madrid, do 9 de xuño, que se refire a un suposto en que unha dilixencia de embargo de avais foi considerada como un requirimento de pagamento. Ao estimarse un recurso económico-administrativo fronte á devandita dilixencia, debe entenderse anulada tal dilixencia de embargo de avais (posto que fora dirixida directamente contra o avalista sen coñecemento do obrigado tributario), non obstante, o tribunal considerou que foi procedente a súa conversión nun acto de execución de aval de acordo coa figura da conversión dos actos viciados, e ao abeiro do disposto no Real decreto 1684/1990, do 20 de decembro, polo que se aproba o Regulamento xeral de recadación.

Convén lembrar que o réxime da conversión só se emprega para os actos administrativos e nunca para as disposicións de carácter

xeral. O Tribunal Supremo declarou en reiteradas ocasións que o establecido para a conversión de actos viciados non é aplicable para os regulamentos; citamos por todas a Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 5.<sup>a</sup>), do 14 de outubro de 2014, recurso de casación núm. 965/2012.

Existen varias opinións sobre se é necesario un acto formal de conversión para que esta institución opere. Aínda que o propio precepto non establece a esixencia do dito acto formal, algúns autores consideran que aquel é necesario para que se declare que operou a conversión. Outros, non obstante, manteñen que este non é necesario e que, se se produce, soamente terá un efecto declarativo. Hai que destacar que, no suposto de ditar un acto formal no que se declare que no viciado se dan os requisitos doutro acto distinto e se producen os efectos deste, poderán formularse contra este os recursos administrativos que correspondan.

Na práctica diaria dos xestores colíxese como necesario o dito acto formal de conversión, aínda que teña efectos meramente declarativos, tendo en conta que o principio de seguridade xurídica debe impregnar todo o dereito administrativo.

#### **REFERENCIAS XURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 5.<sup>a</sup>), do 14 de outubro de 2014, recurso de casación núm. 965/2012.

Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Madrid (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 5.<sup>a</sup>), do 9 xuño de 2004, recurso contencioso-administrativo núm. 1415/2001.

Alaya Muñoz, J. M.; García Gómez de Mercado, F.; Gutiérrez Delgado, J. M.; Monedero Montero de Espinosa, J. I., Ripoll Martínez de Bedoya, M. D., Rivero González, M.; Sanz Gandásegui, F., Vega Labella, J. I. (2008). *Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo*. Thomson Aranzadi.

Tolosa Treviño, César; García Gil, Javier (2004). *Procedimiento administrativo común y procedimientos especiales de las entidades locales*. DAAP.

## Artigo 51. Conservación de actos e trámites

*O órgano que declare a nulidade ou anule as actuacións disporá sempre a conservación daqueles actos e trámites cuxo contido se tería mantido igual se non se cometese a infracción.*

### COMENTARIO:

Este artigo é outra manifestación do principio *favor acti* e do principio de economía procesual que se debe predicar dos procedementos administrativos de toda índole e do principio de eficacia administrativa proclamada no artigo 103 da CE.

Este principio de conservación dos actos tamén ten o seu reflexo noutras normas xurídicas. No artigo 243 da Lei orgánica do poder xudicial establécese o denominado principio de conservación dos actos procesuais, conforme o cal a nulidade dun acto non implicará a daqueles independentes ou que quedasen invariados, aínda sen se cometer a infracción invalidante. Por outra banda, na lexislación procesual civil, artigo 230 da Lei de axuízamento civil, regúlase a conservación dos actos do mesmo xeito ca LOPX.

A conservación pode aplicarse a todos os supostos de ineficacia dos actos dun procedemento como consecuencia de incorrer con anterioridade nun defecto de procedemento esencial.

Convén diferenciar claramente a conservación dos actos e trámites prevista neste artigo para os actos nulos e a validación prevista no artigo 52 para os anulables. A xurisprudencia en numerosas ocasións ten declarado que os primeiros, os nulos, non se poden validar pero pódense conservar (Sentenza do Tribunal Supremo do 12 de xullo de 2012, recurso de casación núm. 4619/2010).

Aplicado á práctica, debemos pensar nos supostos nos que se omite un trámite esencial ou un acto de trámite sexa inválido, o máis aconsellable é que non se consideren nulos aqueles actos que, por seren independentes da causa de nulidade, o seu contido fose idéntico. Por razóns de economía procesual, o máis lóxico é a retroacción das actuacións ata o momento no que se cometeu a infracción, para que se tramite o procedemento de novo pero esta vez conforme a dereito.

O Tribunal Supremo ten declarado en numerosas ocasións que a anulación dunha resolución administrativa pola ausencia dun requisito procedemental non impide ditar nova resolución unha vez que se corrixa o vicio producido. Podemos citar a título exemplificativo a Sentenza do Tribunal Supremo do 23 de maio de 2014, na que se examina a anulación dunha autorización de apertura dun salón de xogo pola ausencia dun informe preceptivo de seguridade pública. Conclúese que, unha vez emendada a omisión do informe, permite que a Administración dite unha resolución que autorice a apertura do devandito salón de xogo.

O ámbito de aplicación da conservación debe entenderse limitado aos actos administrativos e non ás disposicións normativas. O vicio de invalidez nas disposicións normativas de carácter xeral fai inviable a aplicación do réxime xurídico propio da anulabilidade dos actos administrativos, así como dos principios de conservación e validación.

#### **REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 3.<sup>ª</sup>), do 23 de maio de 2014, recurso de casación núm. 1070/2013.

Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 5.<sup>ª</sup>), do 12 de xullo de 2012, recurso de casación núm. 4619/2010.

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 5.<sup>ª</sup>), do 1 de marzo de 2013, recurso de casación núm. 2878/2010.

Alaya Muñoz, J. M.; García Gómez de Mercado, F.; Gutiérrez Delgado, J. M.; Monedero Montero de Espinosa, J. I., Ripoll Martínez de Bedoya, M. D., Rivero González, M.; Sanz Gandásegui, F., Vega Labella, J. I. (2008). *Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo*. Thomson Aranzadi.

Tolosa Treviño, César; García Gil, Javier (2004). *Procedimiento administrativo común y procedimientos especiales de las entidades locales*. DAAP.

## Artigo 52. Validación

1. A Administración poderá validar os actos anulables, emendando os vicios que padezan.

2. O acto de validación producirá efecto desde a súa data, salvo o disposto no artigo 39.3 para a retroactividade dos actos administrativos.

3. Se o vicio consistir en incompetencia non determinante de nulidade, a validación poderá ser realizada polo órgano competente cando sexa superior xerárquico do que ditou o acto viciado.

4. Se o vicio consistir na falta dalgunha autorización, poderá ser validado o acto mediante o outorgamento desta polo órgano competente.

### COMENTARIO:

A validación atopa o seu fundamento no principio *favor acti* e no principio de autotutela administrativa e ten como finalidade que a infracción do ordenamento xurídico (que sexa determinantes de anulabilidade) non supoña a invalidez do acto administrativo.

A validación prodúcese cando a Administración emenda o acto viciado. Esíxense dous requisitos: a) que se dite un acto viciado e b) posteriormente se dite un acto de validación.

Para que se produza a validación dun acto administrativo, este non pode englobarse en ningún dos supostos do artigo 47 da LPA-CAP determinantes de nulidade de pleno dereito. Os actos nulos de pleno dereito non son validables. A razón atópase en que o vicio de nulidade é radical e ten efectos *ex tunc*, polo tanto, non cabe que un acto posterior o rehabilite xa que se considera non ditado e inexistente no tráfico xurídico.

Os xulgados e tribunais teñen declarado en multitude de ocasións que os supostos de infraccións que impliquen a nulidade de pleno dereito non admiten validación, precisamente pola razón exposta, porque a nulidade ten efectos *ex tunc*. Mentres que nos artigos 50 e 51 da LPACAP, nos que se regulan os supostos de conversión e conservación dos actos, se fai referencia expresa aos supostos de nulidade e anulabilidade, esta dualidade non se establece neste artigo, que

se limita aos supostos de anulabilidade, dado que o principio de conservación dos actos administrativos non pode apoiar a pretensión de validar un acto nulo, posto que un acto nulo nin sequera se emenda polo transcurso do paso do tempo. A Sentenza do Tribunal Supremo do 21 de marzo de 2014, recurso de casación núm. 1988/2012, determinou nun suposto no que se violentaran as normas para a correcta formación da vontade do órgano colexiado (determinante de nulidade de pleno dereito segundo o artigo 47.1.e) da LPACAP), que non procedía a validación porque unicamente se prevía para os “actos anulables”, o que resulta frontalmente incompatible cunha declaración de nulidade plena.

O Tribunal Supremo ten declarado en diversas ocasións sobre a posibilidade de validacións dos actos administrativos; ten indicado que se poden validar os anulables pero non os xa anulados, porque estes desapareceron do mundo xurídico, xa non existen, o que impide a súa ratificación ou validación, que require para volver producirse de nova e distinta tramitación administrativa, (Sentenza do Tribunal Supremo do 20 de decembro de 2001, recurso de casación 7700/1997).

A lei non establece cal é o procedemento que debe seguirse para ditar o acto de validación. O artigo 52 nos parágrafos 3 e 4 sinala a necesidade de intervención do órgano competente no caso de vicio de incompetencia ou falta de autorización preceptiva.

A validación non implica unha forma de deixar sen sanción a infracción de certas normas xurídicas, senón todo o contrario, pois a emenda pretende cumprir e facer valer a norma xurídica que se infrinxiu cando se ditou o acto emendable. Con todo, determinados vicios poden resultar non emendables de seu, ou a súa corrección pode devir imposible, por exemplo, tras unha declaración de nulidade por sentenza firme. Entón a Administración non pode ter outra opción, se quere poñer remedio á infracción e perseguir a consecución do interese xeral concernido, que ditar outro acto administrativo

Convén recordar que o réxime da validación só se emprega para os actos administrativos e nunca para as disposicións de carácter xe-



ral. Así o ten sinalado desde hai moitos anos e en numerosas ocasións o Tribunal Supremo para os plans xerais de ordenación urbana. O Tribunal Supremo vén declarando desde antigo que os plans de urbanismo son normas de carácter xeral aínda que de rango regulamentario (por todas, STS do 9 de xullo de 1991, recurso núm. 478/1989). Neste sentido, na Sentenza do 21 de maio de 2010 ditada no recurso de casación núm. 2463/2006, o Tribunal Supremo declarou, respecto da validación de disposicións xerais, que non procede respecto dos plans de urbanismo porque os vicios dos que adocен as disposicións xerais son vicios de nulidade plena respecto dos cales carece de fundamento a validación. Finalmente, e ligado ao anterior, faise preciso lembrar que os vicios de invalidez en que poden incorrer estas disposicións xerais son unicamente supostos de nulidade plena, como revela o artigo 48.2 da LPACAP.

Unha das máis frecuentes alegacións que se conteñen nos escritos e recursos presentados polos administrados durante a tramitación dun procedemento administrativo é o da incompetencia xerárquica. Neste caso cabe acudir á figura da validación, a cal é imprescindible que se leve a cabo polo superior xerárquico do órgano que ditou o acto viciado. Neste caso segundo declarou o noso TSXG na súa Sentenza do 29 de xuño de 2005, recurso contencioso-administrativo núm. 687/2004, que ao ser a facultade de validación específica do devandito superior xerárquico non pode delegala a favor do mesmo órgano que ditou o acto viciado para que sexa este quen valide o seu propio acto. Se do que se trata é de que o acto viciado sexa examinado polo superior xerárquico co fin de comprobar se o realizado é conforme co ordenamento xurídico, contrariaríase a finalidade do que se persegue coa validación do vicio de incompetencia xerárquica se se permitise que a levase a cabo o mesmo órgano que ditou o acto. Non se pode escudar a Administración en que tal delegación non prexudica os intereses do administrado, posto que con este argumento sempre se podería xustificar un actuar da Administración ilegal ou desviado, en flagrante contradición co artigo 103.1 da Constitución que lle impón á Administración a actuación con sometemento pleno á lei e ao dereito.

**REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

- Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-administrativo, Sección 4.<sup>a</sup>), do 21 de marzo de 2014, recurso de casación núm. 1988/2012.
- Sentenza 231/2015 do Tribunal Constitucional (Pleno), do 5 de novembro de 2015, cuestión de inconstitucionalidade núm. 1066/2012.
- Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 5.<sup>a</sup>), do 21 de maio de 2010, recurso de casación núm. 2463/2006.
- Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 1.<sup>a</sup>), do 29 xuño de 2005, recurso contencioso-administrativo núm. 687/2004.
- Sentenza do Tribunal constitucional (Pleno), do 15 de novembro de 2000, cuestión de inconstitucionalidade núm. 565/1994
- Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 5.<sup>a</sup>), do 8 abril 2010, recurso de casación núm. 1325/2006.
- Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 5.<sup>a</sup>), do 20 decembro de 2001, recurso de casación núm. 7700/1997.
- Alaya Muñoz, J. M.; García Gómez de Mercado, F.; Gutiérrez Delgado, J. M.; Monedero Montero de Espinosa, J. I., Ripoll Martínez de Bedoya, M. D., Rivero González, M.; Sanz Gandásegui, F., Vega Labella, J. I. (2008). *Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo*. Thomson Aranzadi.
- Tolosa Treviño, César; García Gil, Javier (2004). *Procedimiento administrativo común y procedimientos especiales de las entidades locales*. DAAP.

## TÍTULO IV

### Das disposicións sobre o procedemento administrativo común

#### CAPÍTULO I

##### Garantías do procedemento

#### **Artigo 53. Dereitos do interesado no procedemento administrativo**

1. Ademais do resto dos dereitos previstos nesta lei, os interesados nun procedemento administrativo teñen os seguintes dereitos:

a) A coñecer, en calquera momento, o estado da tramitación dos procedementos en que teñan a condición de interesados; o sentido do silencio administrativo que corresponda, en caso de que a Administración non dite nin notifique resolución expresa en prazo; o órgano competente para a súa instrución, se for o caso, e resolución, e os actos de trámite ditados. Así mesmo, tamén terán dereito a acceder e a obter copia dos documentos contidos nos citados procedementos.

Os que se relacionen coas administracións públicas a través de medios electrónicos terán dereito a consultar a información a que se refire o parágrafo anterior, no punto de acceso xeral electrónico da Administración, que funcionará como un portal de acceso.

Entenderase cumprida a obriga da Administración de facilitar copias dos documentos contidos nos procedementos mediante a súa posta á disposición no punto de acceso xeral electrónico da Administración competente ou nas sedes electrónicas que correspondan.

b) A identificar as autoridades e o persoal ao servizo das administracións públicas baixo cuxa responsabilidade se tramiten os procedementos.

c) A non presentar documentos orixinais salvo que, de maneira excepcional, a normativa reguladora aplicable estableza o contrario.

*En caso de que, excepcionalmente, deban presentar un documento orixinal, terán dereito a obter unha copia autenticada deste.*

- d) A non presentar datos e documentos non exixidos polas normas aplicables ao procedemento de que se trate que xa se encontren en poder das administracións públicas ou que fosen elaborados por estas.*
- e) A formular alegacións, utilizar os medios de defensa admitidos polo ordenamento xurídico e a presentar documentos en calquera fase do procedemento anterior ao trámite de audiencia, que deberán ser tidos en conta polo órgano competente ao redactar a proposta de resolución.*
- f) A obter información e orientación acerca dos requisitos xurídicos ou técnicos que as disposicións vixentes impoñan aos proxectos, actuacións ou solicitudes que se propoñan realizar.*
- g) A actuar asistidos de asesor cando o consideren conveniente en defensa dos seus intereses.*
- h) A cumprir as obrigas de pagamento a través dos medios electrónicos previstos no artigo 98.2.*
- i) Calquera outro que lles recoñezan a Constitución e as leis.*

*2. Ademais dos dereitos previstos no número anterior, no caso de procedementos administrativos de natureza sancionadora, os presuntos responsables terán os seguintes dereitos:*

- a) A ser notificados dos feitos que se lles imputen, das infraccións que tales feitos poidan constituír e das sancións que, se for o caso, se lles poidan impor, así como da identidade do instrutor, da autoridade competente para impor a sanción e da norma que atribúa tal competencia.*
- b) Á presunción de non existencia de responsabilidade administrativa mentres non se demostre o contrario.*

## **COMENTARIO:**

Coa reforma do ordenamento xurídico público que supón a nova LPACAP e a LRXSP regúlanse de forma separada as relacións *ad ex-*

*tra e ad intra* das administracións públicas. Na LPACAP se regulan o primeiro tipo de relacións, as das administracións coa cidadanía. Tal e como se recolle na exposición de motivos da devandita lei, sempre baixo a idea principal da protección da esfera xurídica de dereitos dos cidadáns fronte á actuación das administracións públicas, como consecuencia do artigo 103.1 da CE.

Na antiga LRX-PAC do ano 1992 englobábanse no artigo 35 baixo a rúbrica “Os dereitos dos cidadáns”, dereitos que na nova LPACAP se atopan distribuídos entre o artigo 13 e o 53. Na nova LPACAP distínguense, por unha banda, os “dereitos das persoas nas súas relacións coas administracións públicas” (no artigo 13) e, por outra, os “dereitos do interesado no procedemento administrativo”, que son o obxecto deste comentario.

A intención do lexislador con esta distinción suponse que é corrixir a falta de sistemática do antigo artigo 35 que, malia pretender recoller os dereitos da cidadanía nas súas relacións coas administracións públicas, incluía indistintamente tanto este tipo de dereitos como os dos interesados no procedemento administrativo. Con esta distinción recóllense de forma separada os dereitos que ten calquera cidadán nas súas relacións coas administracións públicas polo mero feito de ser unha persoa física con capacidade de obrar dos dereitos dos interesados nun procedemento administrativo. O ser interesado nun procedemento administrativo supón ser titular de dereitos ou intereses lexítimos que se poden ver afectados durante a súa tramitación.

En primeiro lugar, antes de entrar na análise de cada un dos dereitos enumerados no artigo 53, convén definir o concepto de interesado. No procedemento administrativo considérase interesado aquel que o promova como titular de dereitos ou intereses lexítimos individuais ou colectivos; aquel, sen iniciar o procedemento, teña dereitos que poidan resultar afectados pola decisión que nel se adopte; e aquel cuxo interese lexítimo, individual ou colectivo, poida resultar afectado pola resolución.

No apartado a) do primeiro parágrafo do artigo 53 régúlase o dereito a coñecer en calquera momento o estado da tramitación do

procedemento no que se teña a condición de interesado. Este dereito é consecuencia directa do establecido no artigo 105.b) da CE. Unha novidade introducida pola LPACAP é a de incluír o dereito a coñecer o sentido do silencio administrativo (regulado nos artigos 24 e 25) no caso que a Administración non dite resolución expresa en prazo. Non cabe dúbida de que con esta novidade se pretende que as persoas interesadas poidan coñecer con exactitude o sentido positivo ou negativo deste, o que redunda no seu beneficio, e garante, en todo caso, o principio de seguridade xurídica que debe rexer todas as relacións xurídicas da Administración. Outra das novidades consiste no dereito a coñecer o órgano competente para a instrución e resolución e os actos de trámite ditados.

Por último, recoñécese o dereito a acceder e obter copias dos documentos contidos nos procedementos. Antes da aprobación da Lei galega 1/2016, do 18 de xaneiro, de transparencia e bo goberno, este dereito unicamente podía ser exercido polos interesados no procedemento administrativo. Coa entrada da Lei de transparencia que se estende a calquera cidadán, teña ou non a condición de interesado. O artigo 24 da Lei de transparencia dispón que todas as persoas teñen dereito a acceder á información pública, a cal se entende como os contidos ou documentos, calquera que sexa o seu formato ou soporte, que consten en poder da Administración pública. Os termos tan amplos da redacción deste artigo fan pensar que moitos cidadáns quererán ter acceso a procedementos administrativos nos que non teñan a condición de interesado. Só co paso do tempo e coa interpretación que lle dean a este artigo os xulgados e tribunais se poderá saber como quedará finalmente configurado este dereito e cales van ser os seus límites. Hai que sinalar que o artigo 27 da LPACAP aclara e simplifica o actual réxime das copias realizadas polas administracións públicas e defínense os requisitos necesarios para que unha copia sexa auténtica; por último, o artigo da Lei de transparencia e bo goberno contén a previsión de que estas copias poidan ser gravadas coa correspondente taxa.

O último parágrafo da alínea a) inclúe o dereito a consultar no Punto de Acceso Xeral os aspectos contidos no primeiro parágrafo do devandito apartado. Este extremo supón unha das novidades

máis importantes da LPACAP e débese ao auxe do uso de medios electrónicos nas relacións xurídico-administrativas. É froito da incorporación ao texto da LPACAP de gran parte do contido da Lei 11/2007, do 22 de xuño, de acceso electrónico dos cidadáns aos servizos públicos e do seu regulamento de desenvolvemento, aprobado polo Real decreto 1671/2009. Estas previsións relativas ao Punto de Acceso Xeral, segundo a disposición derradeira sétima da lei, producirán efectos aos dous anos da entrada en vigor da lei (é dicir, 2 de outubro de 2018).

No apartado b) régulase o dereito a identificar os responsables da tramitación do procedemento administrativo, que comprende o seguinte: 1.º) dereito a identificar o funcionario que nos atende cando accedemos a unha oficina pública; 2.º) coñecer o funcionario ou autoridade que emite unha determinada resolución, de forma que naquela apareza de forma suficientemente determinada tanto a identificación persoal como a súa posición orgánica e funcional; 3.º) coñecer o funcionario ou autoridade baixo cuxa responsabilidade se tramita o procedemento administrativo, coñecemento que lle permitirá á persoa interesada nos casos de dilacións indebidas ou irregularidades procedimentais esixir a responsabilidade, personalizando a figura do funcionario responsable, á marxe da posibilidade de instar a recusación deste.

Outro suposto no que un empregado público pode ser requirido para a súa identificación é o recollido no artigo 108 e 112 da Lei 29/1998, do 13 de xullo, da xurisdición contencioso-administrativa. O órgano xudicial responsable de facer executar unha sentenza ou resolución xudicial, en caso de incumprimento, pode requirir mediante dilixencia xudicial a identificación do empregado público competente e que incumpriu os sucesivos requirimentos feitos polo xulgado para a súa execución. Pénsese, por exemplo, nunha sentenza da xurisdición social na que se condena a Administración a readmitir a un traballador contratado para unha obra ou servizo determinado posto que se declara a existencia dun vínculo laboral indefinido. Unha vez transcorrido o prazo para a readmisión do traballador, se esta non se produce, o xulgado poder requirir a identificación do empregado público competente para que se produza, coa advertencia de

impoñer multas coercitivas ao abeiro do disposto no apartado a) do artigo 112 da LXCA.

Este dereito tamén inclúe a identificación dos responsables da resolución final. O apartado b) deste artigo redáctase de forma idéntica á do apartado b) do artigo 35 da LRXAP-PAC. Aínda que coa denominación do antigo artigo, “Dereitos dos cidadáns”, se podía entender que o dereito de identificar as autoridades e o persoal ao servizo das administracións públicas se estendía a calquera persoa, incluso cando esta non tiña a condición de interesada. Moitos autores coincidían en sinalar que non era excesivo limitar o dereito de identificación ás persoas interesadas no procedemento administrativo para evitar situacións nas que, con mala fe, determinados cidadáns mandaban multitude de escritos, realizaban chamadas telefónicas ou visitas aos empregados públicos que tiñan identificados e non tiñan sequer a condición de interesado. Este problema liquidouse ao dividir os dereitos das persoas nas súas relacións coas administracións públicas (no artigo 13) e os dereitos do interesado no procedemento administrativo.

O apartado d) comprende dous dereitos. Por unha banda, o dereito a non presentar documentos orixinais salvo que a normativa reguladora estableza o contrario e, por outra, o dereito a obter unha copia autenticada do documento orixinal. Como di Zabía, trátase dun “dereito de compulsa gratuíta de copia, que non ten por que realizarse necesariamente no momento da presentación do documento, senón que pode producirse en calquera momento procedementa posterior”.

No ámbito galego, co Decreto 198/2010, do 2 de decembro, que regula o desenvolvemento da administración electrónica na Xunta de Galicia e nas entidades dependentes nela, regula no artigo 29 a compulsa electrónica que implica un procedemento de dixitalización da documentación en soporte papel e a súa comprobación co orixinal e produce unha copia en soporte electrónico a partir do documento.

O dereito a non presentar datos non esixidos polas normas aplicables ao procedemento de que se trate recóllese no apartado d). En



primeiro lugar, podemos sinalar que a presentación dos datos e documentos se trata máis ben dunha carga do administrado ca dunha obriga. Case nunca poderemos determinar a priori con exactitude os documentos que son necesarios para que prospere a pretensión de fondo que se exerce: será a resolución final do procedemento na que se evidencie a suficiencia ou a falta dalgúns deses documentos. En calquera caso, o documento necesario esixible adquire enorme dose de relativismo á vista da ampla facultade de emenda consagrada no artigo 68 da lei e da posibilidade de presentar documentos ata o trámite de audiencia prevista no artigo 76.

A segunda manifestación concrétase no dereito a non presentar documentos que xa se atopen en poder das administracións públicas ou que fosen elaborados por elas. Esta redacción é practicamente coincidente coa redacción contida na LRXAP-PAC. Tal e como recolle a Sentenza do Tribunal Supremo do 4 de xuño de 2014, recurso de casación núm. 730/2013, trátase dunha exoneración das cargas burocráticas do interesado en concordancia co principio de eficacia que debe impregnar toda a actuación administrativa de acordo co artigo 103 da CE. Nesta sentenza determinouse que a falta de presentación dunha folla de acreditación dos servizos prestados por unha funcionaria interina da Junta de Andalucía nun proceso selectivo non é motivo suficiente para que estes non se valoren, posto que a propia Junta é quen expide a devandita folla. O tribunal estima o recurso formulado pola funcionaria e conclúe que se trata dunha operación mecánica, xa que a Administración dispón dun programa informático que as expide e non existe a obriga da súa presentación.

No apartado e) trátase con carácter xeral o dereito a formular alegacións, utilizar medios de defensa e presentar documentos en calquera fase do procedemento anterior ao trámite de audiencia, que deberá ter en conta o órgano competente ao redactar a proposta de resolución, dereito que vai ser desenvolvido nos artigos 76 e 82 da LPACAP. Podemos consideralo como unha consecuencia directa da interdición da indefensión aplicada ao procedemento administrativo. Respecto do trámite de audiencia, podemos sinalar que a falta deste trámite non equivale á falta total e absoluta

de procedemento prevista no apartado e) do artigo 47.1 da LPA-CAP. Como conclúe o Tribunal Supremo na súa Sentenza do 16 de marzo de 2005, recurso de casación núm. 2796/2001, «a falta dun trámite como o de audiencia, por esencial que poida reputarse, non supón por si mesma que se prescindiu total e absolutamente do procedemento legalmente establecido». Iso supón que a falta do trámite de audiencia se inclúe no ámbito da anulabilidade dos actos administrativos e só será determinante desta cando «careza dos requisitos formais indispensables para alcanzar o seu fin ou dea lugar á indefensión dos interesados». O Tribunal Supremo na súa Sentenza do 11 de xullo de 2003, recurso de casación para a unificación de doutrina núm. 7983/1999, declara que “a indefensión non equivale á propia falta do trámite de audiencia”, senón que “ha de ser real e efectiva”; e “para que exista indefensión determinante da anulabilidade do acto, é preciso que o afectado se vise imposibilitado de aducir en apoio dos seus intereses cantas razóns de feito e de dereito poida considerar pertinentes para iso”.

No apartado f) deste artigo regúlase o dereito a obter información e orientación. Este dereito non debe ser interpretado de forma tan ampla que leve a entender que a Administración debe de realizar materialmente as actividades que lles corresponden aos interesados no procedemento administrativo, senón que se limita a facer unha función de consulta, información e asesoramento. Un reflexo pode ser o dereito de información dos licitadores nun procedemento de contratación administrativa nos termos regulados no artigo 53 do Real decreto legislativo 3/2011, polo que se aproba o texto refundido da Lei de contratos do sector público (TRLCSP) e concordantes. Este dereito de información e orientación tamén se presenta noutros ámbitos distintos do administrativo, como o xudicial. Un exemplo é o recollido no artigo 6 da Lei 1/1996, do 10 de xaneiro, de asistencia xurídica gratuíta, que di que tal dereito inclúe, entre outras prestacións, o asesoramento e orientación gratuítos previos ao proceso a quen pretenda reclamar a tutela xudicial dos seus dereitos e intereses, así como información sobre a posibilidade de recorrer á mediación ou outros medios extraxudiciais de solución de conflitos.

No apartado g) recóllese o dereito a ser asistido por un asesor cando o considere conveniente na defensa dos seus intereses. Non se determina que tipo de asesor ou que titulación debe ter este. Enténdese que este asesor poderá participar de forma activa no exame do expediente administrativo. Debido aos termos tan amplos que emprega este artigo, a postura da Administración debe de ser flexible e non poñer trabas nin posturas obstrucionistas neste sentido.

No apartado h) regúlase o dereito a realizar o pagamento a través dos medios previstos no artigo 98.2 da LPACAP. Este medio de pagamento supón unha vantaxe para o administrado posto que lle aforra o trámite de se desprazar ata o edificio administrativo correspondente para realizar, por exemplo, o aboamento dunha sanción ou calquera outra obriga de pagamento. A inclusión deste dereito na lei débese ao desenvolvemento das novas tecnoloxías. Introdúcese *ex novo* na como consecuencia do anterior e dos principios de eficacia e eficiencia administrativa. Ninguén pon en dúbida que, coa inclusión deste dereito, se facilita, sobre todo, o acceso aos servizos públicos a aquelas persoas que antes tiñan grandes dificultades para chegar ás oficinas públicas por motivos de localización xeográfica, de condicións físicas de mobilidade ou de calquera outro condicionante, e que agora se poden superar polo emprego das novas tecnoloxías. Dáse así un paso transcendental para facilitar, en igualdade de condicións, a plena integración destas persoas.

Por último, o apartado i) é unha cláusula de peche que pretende non facer unha enumeración restritiva dos dereitos das persoas interesadas no procedemento administrativo.

O apartado 2.º do artigo 53 supón unha novidade da LPACPA. Recóllense os dereitos dos interesados nun procedemento administrativo sancionador. Antes da reforma, os dereitos contidos nesta alínea estaban diseminados no título dedicado á potestade sancionadora. Coa entrada en vigor da lei, inclúense neste artigo posto que se entende que os presuntos responsables da comisión dunha infracción administrativa, ao ter a condición de interesados no procedemento sancionador que se tramita, ademais dos dereitos recollidos no apartado 1 do artigo 53, deben ter outros dereitos específicos.

O primeiro dos dereitos é que se lles notifiquen os feitos imputados. Recoñécese este dereito debido á influencia do dereito penal no dereito administrativo sancionador. O artigo 24.2 da CE recoñece tal dereito no ámbito penal (dereito a ser informados da acusación formulada). Sen el, tal e como ten declarado o Tribunal Constitucional, non existen posibilidades reais de defensa.

Os interesados no procedemento administrativo sancionador teñen dereito a coñecer todas as cuestións recollidas no artigo 53.2 ao seu comezo, posto que se deben coñecer os feitos imputados para poder defenderse deles. O deber que ten a Administración de informar sobre as infraccións que tales feitos poidan constituír enténdese sen prexuízo do que resulte da instrución, posto que pode producirse que, unha vez terminada esta, os feitos imputados sexan constitutivos dunha infracción diferente. Neste caso, para evitar a indefensión débesele notificar tal circunstancia ao interesado na proposta de resolución.

Tamén se recolle neste apartado o dereito do presunto responsable a coñecer a identidade do instrutor. Segundo se colixe da Sentenza do Tribunal Supremo do 13 de outubro de 2015, recurso contencioso-administrativo núm. 714/2014, se hai unha falta de denominación individual do concreto funcionario que vai ser o instrutor e non se produce indefensión para o interesado, non constitúe un vicio procedementa invalidante. Ademais, se no momento do acordo de incoación do procedemento o presunto responsable non solicitou a identificación da persoa física que ía levar a cabo o labor instrutor materialmente, moito menos pode recoñecerse eficacia invalidante a tal defecto procedementa posto que non hai indicio de que se lle puidese causar indefensión. Por outra banda, declara o tribunal que nada obsta para que a dita instrución poida encomendarse a un órgano colexiado. Eses dereitos volven enumerarse no artigo 64 da LPACPA que regula o acordo de iniciación nos procedementos de natureza sancionadora.

O último dos dereitos contidos neste artigo é mostra clara da influencia do dereito penal no ámbito administrativo sancionador, posto que se recolle a presunción de inocencia. O Tribunal Cons-

titucional, desde a súa Sentenza do 8 de xuño de 1981, recurso de amparo núm. 101/1980, declarou que os principios inspiradores da orde penal, en concreto os principios substantivos derivados do artigo 25.1 da Constitución, son de aplicación con certos matices ao dereito administrativo sancionador, dado que ambos son manifestacións do ordenamento punitivo do Estado. Estamos ante o dereito á presunción de inocencia do ámbito penal trasladado ao ámbito do dereito administrativo.

Este principio rexe sen excepcións no ordenamento sancionador e debe ser respectado na imposición de calquera sanción administrativa. Para desvirtuar esta presunción de inexistencia de responsabilidade administrativa, que é *iuris tantum*, precísase a certeza da culpabilidade obtida da libre apreciación da proba. É un principio que tamén debe de terse en conta na instrución dos procedementos de responsabilidade disciplinaria dos empregados públicos e vén recollida no artigo 183 da Lei 2/2015, do 29 de abril, do emprego público de Galicia.

#### **REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 3.<sup>a</sup>), do 13 de outubro de 2015, recurso contencioso-administrativo núm. 714/2014.

Sentenza do Tribunal Constitucional 18/1981, do 8 de xuño, recurso de amparo núm. 101/1980.

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 6.<sup>a</sup>), do 16 de marzo de 2005, recurso de casación núm. 2796/2001.

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 3.<sup>a</sup>), recurso de casación para a unificación de doutrina núm. 7983/1999.

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 7.<sup>a</sup>), do 4 de xuño de 2014, recurso de casación núm. 730/2013.

Alaya Muñoz, J. M.; García Gómez de Mercado, F.; Gutiérrez Delgado, J. M.; Monedero Montero de Espinosa, J. I., Ripoll Martínez de Bedoya, M. D., Rivero González, M.; Sanz Gandásegui, F., Vega

Labella, J. I. (2008). Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo. Thomson Aranzadi.

Moreno Serrano, Beatriz. "Procedimiento administrativo. Nuevas tecnologías. Uso de medios electrónicos en las administraciones públicas. Nuevo procedimiento administrativo: hacia una administración sin papeles". ISSN 0210-2781. La Administración Práctica, 12, decembro 2015.

Tolosa Treviño, César; García Gil, Javier (2004). Procedimiento administrativo común y procedimientos especiales de las entidades locales. DAAP.

## CAPÍTULO II

### Iniciación do procedemento

#### SECCIÓN 1.<sup>a</sup>

#### Disposicións xerais

#### **Artigo 54. Clases de iniciación**

*Os procedementos poderanse iniciar de oficio ou por solicitude do interesado.*

#### **COMENTARIO:**

O primeiro comentario deste artigo ten que ser unha crítica sobre o que supón unha creba na utilización dunha linguaxe non sexista na redacción de normas xurídicas.

Neste sentido, as recomendacións dadas polo Consello Xeral do Poder Xudicial sobre linguaxe suxiren construcións non sexistas, co uso de xenéricos que teñan forma única en masculino e feminino. No mesmo sentido, pronúnciase a directriz 91 das Directrices de técnica normativa da Asesoría Xurídica da Xunta de Galicia.

Tal e como establecen no seu punto segundo, estas directrices de técnica normativa aplicaranse na elaboración de anteproxectos de lei, proxectos de decreto legislativo e proxectos de disposicións

administrativas de carácter xeral, pero tamén, en todo o que sexa posible, na redacción das propostas de acordo do Consello da Xunta e dos actos administrativos dos órganos da Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia e das entidades públicas instrumentais do sector público autonómico que se publiquen en diarios oficiais. Tamén poderán servir de orientación para outros actos, escritos e documentos que redacten os órganos da Administración xeral da comunidade autónoma e das entidades instrumentais do sector público autonómico.

Así, unha redacción acorde co exposto sería a seguinte: “Os procedementos poderanse iniciar... por solicitude da persoa interesada” (curiosamente, esta era a redacción do derogado artigo 68 da Lei 30/1992, do 26 de novembro). A pesar de que, reiteramos, a nova lei non respecta as regras sinaladas sobre o uso non sexista da linguaxe, este erro non ten que ser “arrastrado” a informes, propostas, resolucións, actos administrativos ou disposicións regulamentarias. Polo tanto, na plasmación escrita da actividade administrativa, consideramos recomendable a utilización común do xenérico non sexista fronte á dicción literal da lei.

O feito de que a nova Lei 39/2015, do 1 de outubro, do procedemento administrativo común das administracións públicas, utilice intencionadamente a expresión “os procedementos”, en plural, no canto do singular “o procedemento”, obedece ao carácter básico da materia. É dicir, que estas dúas posibilidades de iniciación (de oficio ou a instancia de persoa interesada) son aplicables a todos os procedementos, con independencia da Administración territorial que os tramite e da materia obxecto do procedemento, todo isto de conformidade co marco de distribución competencial fixado no artigo 149.1.18 da Constitución española.

En definitiva, neste artigo descríbense as dúas formas de iniciación dos procedementos administrativos, que poden ser ben de oficio ou ben por solicitude de persoa interesada. Ambas as formas de iniciación teñen a virtualidade de pór en funcionamento o procedemento administrativo, a través dunha serie de trámites ou fases

encamiñadas a decidir tanto as cuestións que suscite o acto, como as que se deriven do obxecto do procedemento.

O acto de iniciación, pola súa condición de mero trámite, non é susceptible de recurso administrativo ou xurisdiccional; non obstante, a non admisión dunha solicitude de iniciación a instancia de parte ou, o que é o mesmo, a non iniciación do procedemento, na medida en que impida continuar este, si ten que ser susceptible de recurso (artigo 112 da Lei 39/2015, do 1 de outubro).

Doutra banda, e polo carácter de acto de trámite que ten a iniciación, non é susceptible de vulnerar dereitos fundamentais. Así o establece a pacífica xurisprudencia do Tribunal Supremo. En concreto, a Sentenza do 16 xaneiro de 2001, da que podemos extraer as seguintes conclusións:

- A resolución de incoación só dispón a iniciación do procedemento e non prexulga de ningún xeito o fondo do asunto.
- As afirmacións ou imputacións do acordo de incoación non teñen o valor de feitos probados nin o de sanción ou reproche individual, senón soamente o de apreciacións de carácter meramente presuntivo, destinadas precisamente a lles dar a coñecer aos interesados a materia obxecto de investigación, e co fin de que poidan desenvolver as súas garantías de defensa con total plenitude.
- Como consecuencia do anterior, non pode producir indefensión, vulneración da presunción de inocencia ou, en xeral, de calquera dos dereitos que consagra o artigo 24 da Constitución española (tutela xudicial efectiva, proceso coas debidas garantías, etc.).

A xurisprudencia tamén resaltou o carácter antiformalista da solicitude de parte e restrinxiu ao máximo a posibilidade de non admitir solicitudes por razón de forma. Así o manifesta o Tribunal Supremo na Sentenza do 25 xullo de 2000 na que, con respecto a unha non admisión por parte da Administración dunha solicitude formulada mediante “outrosí” (é dicir, como petición accesoria ou subsidiaria) nun escrito que se refería a outro tema diferente, declarou que “aínda que efectivamente tal petición foi articulada mediante “outrosí”,



o certo é que estaba exposta de forma clara, explícita e motivada, polo que tiña que ser resolta necesariamente pola Administración, ben respondendo a ela no mesmo procedemento en que se expuxo, ben dispoñendo a incoación dun novo expediente administrativo para a súa tramitación e resolución, por esixencias do principio antiformalista que vertebra a ordenación xurídica do procedemento administrativo”.

Noutra orde de consideracións, calquera que sexa a forma de iniciación dun procedemento, o seu inicio formal debe plasmarse nun acto administrativo. A data de inicio do procedemento é sempre este acto, e non a solicitude do interesado, por máis que esta sexa a causa de inicio do procedemento.

O Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, na Sentenza do 1 de decembro de 2011, rexeitou expresamente a posibilidade de que a data da solicitude do administrado poida considerarse data de inicio dun procedemento.

En definitiva, o procedemento ten que considerarse iniciado non en virtude da solicitude, senón do acordo adoptado en tal sentido polo órgano competente, cuxa vontade respecto diso é decisiva, por máis que a solicitude puidese contribuír a formala. Tal é o *dies a quo* de referencia, cos diferentes efectos que esta pode ter.

Neste sentido, podemos salientar os seguintes efectos máis relevantes da iniciación do procedemento:

- A obriga que recae sobre a Administración de resolver en todo caso, por aplicación do artigo 21 da lei (“a Administración está obrigada a ditar resolución expresa e a notificala en todos os procedementos, calquera que for a súa forma de iniciación”).
- A existencia do procedemento determina que han de seguirse os trámites legalmente previstos.
- A interrupción da prescrición para reclamar o dereito que se solicita.
- A prioridade para a obtención de determinados dereitos (permisos, autorizacións...).
- A fixación da data de iniciación do procedemento.

**REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo), do 16 xaneiro de 2001, recurso de casación núm. 7037/1996.

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo), do 25 xullo de 2000, recurso de casación núm. 2075/1996.

Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (Sala do Contencioso-Administrativo), do 1 decembro de 2011, recurso contencioso-administrativo núm. 4237/2009.

Resolución do 5 de novembro de 2014, da Dirección Xeral da Asesoría Xurídica Xeral, pola que se ordena a publicación do Acordo do Consello da Xunta de Galicia do 30 de outubro de 2014, polo que se aproban as Directrices de técnica normativa (DOG núm. 219, do 14 de novembro de 2014).

**Artigo 55. Información e actuacións previas**

1. *Con anterioridade ao inicio do procedemento, o órgano competente poderá abrir un período de información ou actuacións previas co fin de coñecer as circunstancias do caso concreto e a conveniencia ou non de iniciar o procedemento.*

2. *No caso de procedementos de natureza sancionadora, as actuacións previas orientaranse a determinar, coa maior precisión posible, os feitos susceptibles de motivar a incoación do procedemento, a identificación da persoa ou persoas que poidan resultar responsables e as circunstancias relevantes que concorran nuns e noutros.*

*As actuacións previas serán realizadas polos órganos que teñan atribuídas funcións de investigación, indagación e inspección na materia e, na falta destes, pola persoa ou órgano administrativo que determine o órgano competente para a iniciación ou resolución do procedemento.*

**COMENTARIO:**

O primeiro número deste artigo 55 establece a posibilidade de que o órgano administrativo poida, con carácter previo ao acordo de iniciación, abrir un período de información, co fin de coñecer as

circunstancias do caso concreto e a conveniencia ou non de iniciar o procedemento.

Esta previsión está especialmente indicada cando se presenta denuncia de particular no marco do procedemento sancionador, sen prexuízo de que poida empregarse e resulte útil tamén no procedemento común.

A información previa non é un procedemento en sentido estrito, senón que constitúe un mero estudo previo cuxo resultado será acordar a iniciación ou non dun procedemento administrativo.

Polo tanto, tampouco existen interesados en sentido estrito, nin nada se prexulga con ela. Non existen tampouco dereitos subxectivos en relación con esta (ex.: dereito de defensa, igualdade, proceso coas debidas garantías), pois esta información previa sitúase na esfera interna da Administración.

Precisamente por situarse na esfera interna e previa ao procedemento en sentido estrito, e pola imposibilidade de producir en por si consecuencias na esfera xurídica dos cidadáns, estas actuacións carecen de prazo legal de duración.

Así o manifestou o Tribunal Supremo na Sentenza do 6 febreiro de 2012, en que sinala que tal actividade (información previa) en xeral non está suxeita a prazo, ao tratarse dunha actividade instrumental, accesoria ou simplemente preparatoria dun procedemento posterior, e conclúe afirmando que non produce ningunha consecuencia na esfera xurídica do interesado.

Esta sentenza vai mais alá no sentido de que, malia que trata especificamente unhas actuacións de inspección previas a un procedemento sancionador, sinala que “o procedemento inspector conclúe mediante acordo de aprobación da acta. E é posteriormente, e á vista do resultado da inspección, cando se inicia o procedemento sancionador, respecto do que a actuación inspectora non é senón unha actuación instrumental, sen consecuencias inmediatas”.

Polo tanto, tal actuación previa carece de prazo, porque dela o único efecto que pode derivarse é a decisión de incoar ou non o procedemento; acto de incoación que, no caso de que chegue a ditarse

tampouco é susceptible de producir, en por si, efectos xurídicos en dereitos subxectivos (ver o comentario ao artigo 54 e a Sentenza do Tribunal Supremo do 16 xaneiro de 2001).

O número 2 do artigo 55 regula especificamente as actuacións previas do procedemento sancionador.

Desde unha perspectiva de técnica lexislativa, a razón de mesturar nunha lei básica que regula o procedemento administrativo común —é dicir, aplicable a todos os procedementos administrativos—, coas disposicións que son aplicables a un procedemento específico (sancionador) explícase na exposición de motivos da lei, que sinala que “o título IV, de disposicións sobre o procedemento administrativo común (...), entre as súas principais novidades destaca que os anteriores procedementos especiais sobre potestade sancionadora e responsabilidade patrimonial, que a Lei 30/1992, do 26 de novembro, regulaba en títulos separados, agora se integraron como especialidades do procedemento administrativo común. Esta formulación responde a un dos obxectivos que persegue esta lei, a simplificación dos procedementos administrativos e a súa integración como especialidades no procedemento administrativo común, o que contribúe a aumentar a seguranza xurídica. De acordo coa sistemática seguida, os principios xerais da potestade sancionadora e da responsabilidade patrimonial das administracións públicas, en canto atinxen aspectos máis orgánicos ca procedementais, régulanse na Lei de réxime xurídico do sector público”.

Non obstante, a ordenación sistemática merece unha crítica, xa que o parágrafo segundo deste número 2 (“competencia para acordar as actuacións previas”) é plenamente aplicable a todo tipo de procedementos; porén, ao regularse neste número, relativo exclusivamente a procedementos de natureza sancionadora, induce a confusión, pois podería pensarse erroneamente que só se refire a estes.

Doutra banda, o artigo 55.2 regula o contido das actuacións previas no procedemento sancionador e a competencia para a súa realización. É preciso significar que o feito de que non teñan un prazo legalmente establecido, tal e como analizamos anteriormente, non significa que poidan durar indefinidamente sen xustificación nin-

gunha. Esta circunstancia é especialmente relevante nos procedementos sancionadores polo seu carácter de restritivos de dereitos. A Audiencia Nacional tivo ocasión de pronunciarse neste sentido na Sentenza do 17 de outubro de 2007, na que recoñece que non existe previsión legal ningunha referente ao período de tempo durante o que a Administración pode prolongar tal actividade investigadora previa e manifesta que, cando a demora en incoar o procedemento sancionador se produce durante un longo período de tempo no que non se está investigando a pertinencia ou non da devandita iniciación e no que non se leva a cabo ningunha actuación por parte da Administración, sen xustificación ningunha para tal demora, incórese nunha conduta espuria e fraudulenta

En concreto, analizou un caso no que a Axencia Española de Protección de Datos, malia posuír información suficiente, proporcionada nos dous primeiros meses da tramitación das repetidas actuacións previas, e que lle permitiría dirixir a acusación, deixou transcorrer case once meses sen levar a cabo ningunha actuación, e mantivo tal solicitude de información aberta, pero inactiva. Tal conduta foi cualificada pola Audiencia Nacional como un suposto de fraude de lei, recollido no artigo 6.4 do Código civil, para evitar a caducidade do expediente sancionador. Esta utilización fraudulenta tivo como consecuencia a nulidade do procedemento sancionador.

En sentido contrario, é posible xustificar unha duración excesiva das actuacións previas que permitirían eludir a consideración de fraude de lei. Así o considerou a Sentenza da Sala do Contencioso da Audiencia Nacional do 8 de xullo de 2011, ao sinalar que o importante incremento de asuntos tramitados ante a Axencia Española de Protección de Datos, non acompañado do mesmo incremento proporcional de recursos e medios persoais –a documentación analizada poñía en evidencia que entre os anos 2003 e 2007 aumentaron os procedementos iniciados nun 108,33 % e as resolucións ditadas nun 105,67 %–, polo que os atrasos na tramitación, e loxicamente nas actuacións previas, que non se deberon á intención fraudulenta de evitar a caducidade do expediente sancionador, senón ao incremento do traballo.

Como conclusión, cabe afirmar que un importante aumento do volume de traballo nunha unidade administrativa, acreditado estatística e documentalmentemente, fai crebar o elemento básico para entender que se produce fraude de lei, como é a utilización das dilixencias previas con fins antixurídicos.

#### **REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo), do 16 xaneiro de 2001, recurso de casación núm. 7037/1996.

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo), do 6 de febreiro de 2012, recurso de casación núm. 5195/2010.

Sentenza da Audiencia Nacional (Sala do Contencioso-Administrativo), do 17 de outubro de 2007, recurso contencioso-administrativo núm. 180/2006.

Sentenza da Audiencia Nacional (Sala do Contencioso-Administrativo), do 8 de xullo de 2011, recurso contencioso-administrativo núm. 203/2010.

#### **Artigo 56. Medidas provisionais**

*1. Iniciado o procedemento, o órgano administrativo competente para resolver poderá adoptar, de oficio ou por instancia de parte e de forma motivada, as medidas provisionais que considere oportunas para asegurar a eficacia da resolución que se poida ditar, se existiren elementos de xuízo suficientes para isto, de acordo cos principios de proporcionalidade, efectividade e menor onerosidade.*

*2. Antes da iniciación do procedemento administrativo, o órgano competente para iniciar ou instruír o procedemento, de oficio ou por instancia de parte, nos casos de urxencia inaprazable e para a protección provisoria dos intereses implicados, poderá adoptar de forma motivada as medidas provisionais que resulten necesarias e proporcionadas. As medidas provisionais deberán ser confirmadas, modificadas ou levantadas no acordo de iniciación do procedemento, que se deberá efectuar dentro dos quince días seguintes á súa adopción, o cal poderá ser obxecto do recurso que proceda.*

*En todo caso, estas medidas quedarán sen efecto se non se inicia o procedemento no mencionado prazo ou cando o acordo de iniciación non conteña un pronunciamento expreso acerca delas.*

*3. De acordo co previsto nos dous números anteriores, poderanse acordar as seguintes medidas provisionais, nos termos previstos na Lei 1/2000, do 7 de xaneiro, de axuízamento civil:*

- a) A suspensión temporal de actividades.*
- b) A prestación de fianzas.*
- c) A retirada ou intervención de bens produtivos ou suspensión temporal de servizos por razóns de sanidade, hixiene ou seguranza, o feche temporal do establecemento por estas ou outras causas previstas na normativa reguladora aplicable.*
- d) O embargo preventivo de bens, rendas e cousas funxibles computables en metálico por aplicación de prezos certos.*
- e) O depósito, a retención ou a inmovilización de cousa moble.*
- f) A intervención e depósito de ingresos obtidos mediante unha actividade que se considere ilícita e cuxa prohibición ou cesación se pretenda.*
- g) A consignación ou constitución de depósito das cantidades que se reclamen.*
- h) A retención de ingresos á conta que deban aboar as administracións públicas.*
- i) Aquelas outras medidas que, para a protección dos dereitos dos interesados, prevexan expresamente as leis ou que se coiden necesarias para asegurar a efectividade da resolución.*

*4. Non se poderán adoptar medidas provisionais que poidan causar prexuízo de difícil ou imposible reparación aos interesados ou que impliquen violación de dereitos amparados polas leis.*

*5. As medidas provisionais poderán ser retiradas ou modificadas durante a tramitación do procedemento, de oficio ou por instancia de parte, en virtude de circunstancias sobrevidas ou que non puideron ser tidas en conta no momento da súa adopción.*

*En todo caso, extinguíranse cando produza efectos a resolución administrativa que poña fin ao procedemento correspondente.*

### COMENTARIO:

O primeiro que convén salienta respecto das medidas provisionais é que, calquera que sexa o momento en que se adopten –antes, ao inicio ou durante a tramitación–, están supeditadas a catro principios que actúan como requisitos: motivación, proporcionalidade, efectividade, menor onerosidade. Así mesmo, é preciso que se realice un xuízo ponderativo das consecuencias das medidas, de cara a que non lles causen prexuízos de imposible ou difícil reparación aos interesados ou que impliquen unha violación dos dereitos amparados polas leis.

A maiores, as medidas adoptadas antes do inicio, esixen a xustificación dunha urxencia inaprazable para a protección provisoria dos intereses implicados.

O establecemento de tales requisitos ten por obxecto garantir a submisión das administracións públicas á lei e ao dereito (artigo 103 da Constitución española), polo que sería moi recomendable, de cara a unha eventual impugnación xurisdiccional destas, que o acordo de adopción das medidas contivese unha xustificación, cando menos sucinta, do cumprimento de cada unha delas.

Neste sentido, o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, no caso de autorizacións para parques eólicos, non considerou que a intención de modificar unha determinada normativa para regular a materia de xeito diferente da vixente puidese fundamentar unha medida cautelar de suspensión do procedemento de autorización. Así, na Sentenza do 24 xullo de 2012, sinalou que a necesidade de salvaguardar unha nova ordenación, en fase de anteproxecto legislativo, para evitar a consolidación dunha situación ao amparo dunha norma que de maneira sobrevida resulte incompatible coa devandita ordenación, obedece a razóns de política legislativa e non a razóns de asegurar a eficacia dunha resolución que poida recaer nun procedemento –a verdadeira finalidade da medida provisoria–, ao non se considerar un elemento de xuízo proporcionado, suficiente



ou adecuado para asegurar a eficacia da resolución que debe ditarse no procedemento que foi suspendido.

Desta sentenza podemos extraer a conclusión de que as circunstancias que permiten adoptar as medidas provisionais son regradas –asegurar a eficacia da resolución que se poida ditar–, por máis que obriguen a empregar conceptos xurídicos indeterminados –proporcionalidade, onerosidade, urxencia, inaprazable necesidade–. En sentido contrario, a mera conveniencia por razóns alleas ao procedemento non lexitima tal adopción.

Doutra banda, o acordo da medida faise depender, como sinalamos, da existencia de feitos, circunstancias ou situacións que poñan en perigo ou que impidan a eficacia da resolución final, pero tamén de que tales medidas estean expresamente previstas nunha lei. A relación de medidas establecida no número 3 deste artigo non ten carácter de *numerus clausus*, xa que a cláusula derradeira permite adoptar calquera outra prevista nas leis. Como exemplo deste suposto, estaría o caso das medidas especificamente previstas na normativa urbanística para o caso de obras ou actividades que carezan de licenza, como poden ser o precintado das obras, a suspensión de subministracións de auga, electricidade, gas e telecomunicacións das actividades e obras cuxa paralización se ordenase (Lei 2/2016, do solo de Galicia).

Desde a perspectiva da competencia, podemos distinguir dous tipos de medidas:

- As adoptadas co acordo de iniciación ou durante a tramitación do procedemento, que son competencia do órgano resolutorio. Neste caso, cando a tramitación do procedemento lle corresponde a un instrutor distinto ao órgano que resolve, debe solicitar motivadamente a este o establecemento da medida, sen que tal solicitude sexa vinculante.
- As medidas de carácter previo, que son competencia do órgano instrutor do procedemento.

En canto aos efectos temporais, hai unha nova distinción. No caso das medidas adoptadas co acordo de iniciación ou durante a tramitación, a duración máxima vén dada pola resolución que poña

fin ao procedemento, aínda que durante a tramitación tamén poden ser alzadas ou modificadas de se produciren novas circunstancias. No caso das medidas adoptadas antes do inicio, teñen un prazo máximo de 15 días, ben porque se substitúen, revogan ou validan polas adoptadas no acordo de inicio, ben porque se extinguen automaticamente —é dicir, por aplicación directa da lei e sen necesidade de que se produza un pronunciamento expreso—, ao non chegar a iniciarse o procedemento neste prazo de 15 días.

En canto aos límites materiais para adoptar medidas, a lei alude no número catro deste artigo a un concepto xurídico indeterminado, que é o de “prexuízos de imposible ou moi difícil reparación”. Neste sentido, convén lembrar que a xurisprudencia é tremendamente restritiva en relación coas dificultades económicas ou patrimoniais, e sinala case sempre que non van producir por si soas prexuízos irreparables ou de difícil reparación porque, pola súa natureza económica, unida ao principio de solvencia das administracións públicas —que presupon que sempre poderán resarcir economicamente o particular—, serán sempre reparables.

A Sentenza da Audiencia Nacional do 2 de abril de 2012 considerou que aínda que a documentación achegada en sede administrativa poida acreditar a situación de falta de liquidez da empresa e a súa precariedade económica e patrimonial, tal feito non supón, por si só, que se acredite que a non suspensión da execución da devandita liquidación lle puidese causar á entidade prexuízos irreparables ou de difícil reparación; pola contra, como xa dixemos nas sentenzas citadas, estaríase equiparando calquera situación de insolvencia do contribuínte coa concorrencia de prexuízos irreparables derivados da eventual execución das obrigacións tributarias.

A posibilidade de manter a efectividade das medidas provisionais unha vez arquivado por caducidade un determinado procedemento é rexeitada pola xurisprudencia, aínda que na mesma resolución de arquivo se ordene a iniciación dun novo procedemento.

A Sentenza da Audiencia Nacional do 1 de febreiro de 2012 analiza a legalidade das medidas cautelares adoptadas no seo dun procedemento declarado caducado por unha resolución que tamén esta-

blecía o mantemento das medidas provisionais adoptadas no seu día –un aval como garantía pecuniaria–, e deixa claro que as medidas provisionais se extinguen coa eficacia da resolución administrativa que poña fin ao procedemento. Nesta sentenza rexéitase a posibilidade de aplicar o principio de conservación de actos e trámites cuxo contido se mantivo igual de non cometerse a infracción, por máis que a medida provisoria constitúe, repetimos, un procedemento incidental de carácter accesorio respecto do principal, pero en todo caso un procedemento diferente que debe tramitarse unha vez iniciado o procedemento principal.

Ao anterior cabe engadir, tal e como establece o último número deste artigo, que “en todo caso, se extinguirán cando produza efectos a resolución administrativa que poña fin ao procedemento correspondente”, polo que a resolución que declara caducado un procedemento, na medida en que este se extingue, produce a extinción automática das medidas provisionais, sen que sexa posible mantelas ata que se dite a nova resolución de incoación, tal e como se pretendía no suposto analizado.

#### **REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Sentenza da Audiencia Nacional (Sala do Contencioso-Administrativo), do 1 febreiro de 2012, recurso de apelación núm. 105/2011.

Sentenza da Audiencia Nacional (Sala do Contencioso-Administrativo), do 2 de abril de 2012, recurso contencioso-administrativo núm. 26/2011.

Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (Sala do Contencioso-Administrativo), do 24 de xullo de 2012, recurso contencioso-administrativo núm. 8078/2009.

#### **Artigo 57. Acumulación**

*O órgano administrativo que inicie ou tramite un procedemento, calquera que fora a forma da súa iniciación, poderá dispor, de oficio ou por instancia de parte, a súa acumulación a outros con que garde identidade*

*substancial ou íntima conexión, sempre que sexa o mesmo órgano quen deba tramitar e resolver o procedemento.*

*Contra o acordo de acumulación non procederá recurso ningún.*

### **COMENTARIO:**

A acumulación fundaméntase nos principios de economía e celeridade que presiden o procedemento administrativo e ten por obxecto, por unha banda, evitar duplicidades innecesarias na práctica de actuacións administrativas para axilizar e optimizar o funcionamento do aparato administrativo e, por outra, evitar pronunciamentos contraditorios ante situacións similares para garantir unha actuación coherente da Administración.

Os caracteres fundamentais do acordo de acumulación recóllense na propia lei e na xurisprudencia que a desenvolve, e podemos resumilos do seguinte xeito:

- A acumulación é un acto de mero trámite e, como tal, non é susceptible de recurso, como así dispón o parágrafo segundo deste artigo. Non obstante, nada impide que os vicios do acordo de acumulación poidan ser denunciados na resolución que poña fin aos procedementos acumulados, vicios que poden dar lugar á nulidade do procedemento.
- A decisión sobre a acumulación é discrecional, pero aparece limitada polo feito de que os expedientes que se acumulen deben gardar unha “identidade substancial ou íntima conexión”, un concepto xurídico indeterminado cuxa apreciación lle corresponde ao órgano administrativo que tramite os expedientes.
- É necesario que o órgano administrativo que resolve acumular distintos expedientes teña competencia para resolver todos os acumulados.
- Se os expedientes se encontran en distinta fase, suspenderanse os que están máis avanzados ata que estean no mesmo estado.
- Debe notificarse a acumulación de procedementos a todos os que aparezan como interesados nestes.

- A consecuencia da acumulación é que se resolverán as cuestións acumuladas nun só procedemento e acto.
- Pode ser acordada de oficio ou a instancia de parte.

O carácter de acto de trámite, e polo tanto non recorrible, da acumulación foi destacado polo Tribunal Supremo na Sentenza do 14 outubro de 2008, na que se sinala que, fronte ao principio xeral de recorribilidade de toda actuación administrativa, establecido no artigo 25.1 da Lei da xurisdición contencioso-administrativa 29/1998, do 13 de xullo, prevalece a dicción literal da lei que rexe o procedemento administrativo, por ter nesta materia un carácter de *lex specialis*, fronte á norma procesual citada.

Esta sentenza continúa sinalando que, “ademais, por se o anterior non bastase, non é certo que o acordo de acumulación de expedientes administrativos decidise sobre o fondo do asunto, nin prodúcese indefensión nin prexuízos irreparables ao recorrente. Non anticipa a decisión sobre o fondo porque, como ben di o tribunal *a quo*, o feito de acumular dúas instancias concorrentes sobre un mesmo obxecto non prexulga cal das dúas será acollida. A Administración deberá resolver, á vista de todos os feitos relevantes e en aplicación das normas reguladoras da materia, cal dos dous solicitantes ten dereito –se é que efectivamente algún dos dous o ten– á sucesión do título de Barón de Agres e Sella. E tampouco hai indefensión nin prexuízos irreparables, xa que no curso do procedemento administrativo que se siga tras a acumulación o recorrente poderá alegar canto crea que conveña aos seus intereses”.

Outra cuestión que dá lugar a polémicas é a relativa á orde en que deben acumularse os procedementos; é dicir, se hai que acumular necesariamente o segundo ao primeiro, de modo que o máis antigo teña preferencia, ou ben se serán outros criterios os que definan esta cuestión. O Tribunal Supremo, na Sentenza do 6 maio de 2011, estableceu que a acumulación dos dous expedientes sancionadores, refundíndoos nun para os efectos da súa resolución, é unha técnica de dirección do procedemento que busca a congruencia na actuación e manifestación de vontade da Administración, co que se evitan resolucións contraditorias para resolver un mesmo asunto, o que resulta

perturbador no quefacer administrativo e prexudicial para os propios interesados. O efecto esencial da acumulación de expedientes é o de que todas as cuestións que haxa que resolver deben ser examinadas nun só procedemento e decididas nun único acto final. A acumulación non suspende o curso dos procedementos para acumular e, por iso, cando algún dos procedementos que se acumula se atopa nunha fase máis avanzada ca os outros, a súa tramitación suspenderase ata que os demais cheguen ao mesmo estado de tramitación, polo que tamén carece de relevancia a maior ou menor antigüidade dos que se refunden. En resumo, é irrelevante que procedemento se iniciou con anterioridade para os efectos da acumulación, o importante é a plenitude do dereito de defensa dos interesados nestes, de cara a unha eventual resolución única.

Finalmente, a acumulación ten carácter discrecional, polo que é preciso un xuízo ponderativo e motivado do acordo en que se adopte sobre a conveniencia de acumular e sobre o cumprimento dos requisitos legais específicos.

Así por exemplo, o Tribunal Supremo, na Sentenza do 30 de novembro de 1999 (con cita doutra do 13 de abril de 1985), considerou que non existía esa conexión entre un procedemento de xubilación por incapacidade permanente, que no caso examinado se iniciou e se seguiu a instancia do propio interesado, e un procedemento disciplinario dimanante das dilixencias instruídas de resultas dun expediente informativo previo e tras a realización dunha inspección polos servizos correspondentes no xulgado cuxa titularidade tiña o recorrente, porque se apreciou que cada un dos procedementos ten a súa propia singularidade ou, dito doutro xeito, “non son pola súa distinta natureza e obxecto susceptibles de acumulación”.

En definitiva, esta discrecionalidade non pode confundirse coa arbitrariedade, polo que tanto a acumulación como a denegación no caso de solicitude de parte, debe ser motivada; motivación que debe realizarse con base nun dobre xuízo: legalidade e oportunidade.

O primeiro é un xuízo legal, consistente no exame da concorrencia de dous requisitos legais:

- Identidade substancial ou íntima conexión.

- A competencia para coñecer dos asuntos acumulados ten que darse no mesmo órgano que deba tramitar e resolver ambos procedementos e, en consecuencia, o procedemento acumulado.

O segundo é un xuízo de oportunidade; é dicir, a conveniencia de acumular por razón de eficacia e eficiencia procedemental, celeridade, impulso, etc., desde a perspectiva do interese público. Neste segundo xuízo é onde entra en xogo dun xeito máis intenso a discrecionalidade, sen prexuízo de que ambos os elementos –legalidade e oportunidade– teñan que estar motivados, xa que do contrario podería viciarse de nulidade a resolución que poña fin ao procedemento.

Loxicamente, a falta de concorrencia dos requisitos legais fai innecesario analizar a oportunidade desta, de xeito que se non hai identidade substancial ou a competencia para coñecer dos asuntos cuxa acumulación se pretende lles corresponde a dous órganos diferentes, non procede acordar a acumulación, por moi oportuna que poida considerarse.

E, ao contrario, a mera concorrencia dos requisitos legais non obriga a acumular, xa que a dicción literal da lei utiliza a expresión potestativa (“poderá”) –“O órgano administrativo (...) poderá dispor”– e non a preceptiva (“deberá”). Deste xeito, poden existir razóns que desaconsellen a acumulación que, en todo caso, e de acordo co sinalado anteriormente, deberán ser expresas e motivadas, especialmente cando medie unha solicitude de parte interesada.

#### **REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo), do 14 de outubro de 2008, recurso de casación núm. 855/2006.

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo), do 6 de maio de 2011, recurso de casación núm. 607/2008.

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo), do 30 de novembro de 1999, recurso de casación núm. 383/1997.

## SECCIÓN 2.<sup>a</sup>

### Iniciación do procedemento de oficio pola Administración

#### Artigo 58. *Iniciación de oficio*

*Os procedementos iniciaranse de oficio por acordo do órgano competente, ben por propia iniciativa ben como consecuencia de orde superior, por petición razoada doutros órganos ou por denuncia.*

#### COMENTARIO:

Como xa vimos, o artigo 54 da LPACAP establece dúas maneiras de iniciar un procedemento administrativo, a instancia de parte interesada, que se desenvolve nos artigos 67 e seguintes da LPACAP, ou de oficio.

A iniciación de oficio consiste en que un procedemento se inicia a instancia da Administración competente, e marca o inicio do procedemento a adopción do correspondente acordo, coñecido como acordo de incoación ou acordo de iniciación. É dicir, o acto clave polo cal se inicia o procedemento é o acordo de incoación ou acordo de iniciación.

En relación con este acto, cabe analizar varias cuestións. A primeira vén determinada pola consideración, con carácter xeral, do acordo de iniciación como un acto de mero trámite e, polo tanto, inimpugnable. O procedemento de oficio por excelencia é o procedemento sancionador e en relación con este tipo de procedementos é constante a xurisprudencia que determina a imposibilidade de recorrer independentemente este acto, pois considera que non determina a imposibilidade de continuar o procedemento como é obvio, non decide directa ou indirectamente o fondo do asunto e non produce indefensión ou prexuízo irreparable. Isto non significa que o acordo de incoación non poida ser revisado, senón que esta revisión deberá facerse xunto coa impugnación que no seu momento se faga da resolución que poña fin ao procedemento. A plasmación disto atopámola no artigo 112 da LPACAP, que establece que contra



“as resolucións e os actos de trámite, se estes últimos deciden directa ou indirectamente o fondo do asunto, determinan a imposibilidade de continuar o procedemento, producen indefensión ou prexuízo irreparable a dereitos e intereses lexítimos, os interesados poderán interpor os recursos de alzada e potestativo de reposición, que caberá fundar en calquera dos motivos de nulidade ou anulabilidade previstos nos artigos 47 e 48 desta lei. A oposición aos restantes actos de trámite poderá ser alegada polos interesados para a súa consideración na resolución que poña fin ao procedemento”.

A maiores, cabe dicir que a inimpugnabilidade da que estamos falando ten excepcións, unha das máis significativas é a prevista no artigo 56.2 da LPACAP, que establece que “as medidas provisionais deberán ser confirmadas, modificadas ou levantadas no acordo de iniciación do procedemento, que se deberá efectuar dentro dos quince días seguintes á súa adopción, o cal poderá ser obxecto do recurso que proceda”. Esta excepción ten a súa lóxica en que o acto de acordo co cal se adoptan medidas provisionais no acordo de incoación, evidentemente, deixa de ser un acto de mero trámite pois pode ter unha afectación directa sobre a esfera patrimonial dos particulares. Efectivamente, de conformidade co artigo 56.3 da LPACAP, algunha das medidas provisionais que pode adoptarse son suspensión temporal de actividades, prestación de fianzas, retirada ou intervención de bens produtivos, suspensión temporal de servizos por razóns de sanidade, hixiene ou seguridade, peche temporal do establecemento por estas ou outras causas previstas na normativa reguladora aplicable, embargo preventivo de bens, depósito, retención ou inmovilización de cousa moble... Evidentemente, un acto deste contido non pode deixarse ata o ditado da resolución final do procedemento, pois a afectación directa nos dereitos dos particulares é de tal intensidade que determina que se está en presenza dun acto de trámite cualificado que permite ser obxecto do recurso que proceda.

Outra das cuestións que é necesario abordar ao estudar o acordo de iniciación é a súa importancia no cómputo do prazo máximo para resolver os procedementos, sobre todo, nos procedementos sancionadores nos cales, como xa sabemos, o transcurso dese prazo máximo determina a súa caducidade. Pois ben, como xa vimos, o artigo 21

da LPACAP determina cal sería o día en que comeza a computar este prazo, aspecto regulado no apartado 3, onde, loxicamente, se diferencia segundo sexa un procedemento iniciado por solicitude da persoa interesada ou un procedemento de oficio, sancionadores maiormente.

E así, en relación co que agora nos interesa, o citado artigo 21.3 establece para os efectos do cómputo do prazo para resolver que nos procedementos iniciados de oficio, este se contará desde a data do acordo de iniciación. De feito, é hoxe xurisprudencia consolidada, en relación coa idéntica redacción na LRX-PAC, que ese comezo é na data do referido acordo, non na da súa notificación. Neste sentido, destacamos entre outras a Sentenza do Tribunal Supremo do 1 de decembro de 2009 que establece ao respecto:

“Este motivo ha de ser estimado, pois con toda claridade dispón o artigo 42.3.a) da Lei 30/1992, logo da redacción dada pola Lei 4/1999, que o prazo máximo no que debe notificarse a resolución expresa se contará, nos procedementos iniciados de oficio, “desde a data do acordo de iniciación”. Engade con igual claridade o seu artigo 44.2, tras esa nova redacción, que nos procedementos iniciados de oficio nos que a Administración exerza potestades de intervención susceptibles de producir efectos desfavorables ou de gravame, como é o caso, o vencemento dese prazo máximo sen que se ditase e notificase resolución expresa produce, como efecto xurídico, o da caducidade e conseqüente arquivo das actuacións.

Desta forma, despois da modificación operada pola Lei 4/1999, debemos distinguir para computar os prazos que establece o artigo 42 *–dies a quo–* entre procedementos iniciados de oficio e procedementos iniciados por instancia de parte; para os primeiros, o prazo cóntase desde a data do acordo de iniciación sen que a dita data se demore á de notificación dese acto e, respecto dos segundos, o prazo cóntase desde a data en que a solicitude do interesado tivese entrada no rexistro do órgano competente para a súa tramitación”.

É máis, a Sentenza do Tribunal Constitucional 166/2014 declarou a inconstitucionalidade dun precepto autonómico que dispoñía

como *dies a quo* para estes efectos o da notificación e non desde o acordo por contravir esta normativa básica.

Tamén está pacificado, agás normativa sectorial con outra mención, que o prazo non se retrotrae a antes dese acordo de incoación, que non comeza na fase anterior das dilixencias previas. Neste sentido destacamos a Sentenza do Tribunal Supremos do 13 de outubro de 2010, que revoga unha doutrina en contra do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia e que nega que o día inicial fose o día en que finalizasen as actuacións previas e establece que: “Pois ben, unha vez realizadas esas actuacións previas, o tempo que tarde a Administración en acordar a incoación do procedemento –no caso que examinamos o acordo de incoación foi adoptado o 24 de novembro de 2003– poderá ter as consecuencias que procedan en canto ao cómputo da prescripción (extinción do dereito); pero non pode ser tomado en consideración para efectos da caducidade, pois esta figura o que pretende é asegurar que, unha vez iniciado o procedemento, a Administración non supere o prazo de que dispón para resolver”. Tamén a Sentenza do Tribunal Supremo do 6 de febreiro de 2012, que nega que o día inicial sexa o día que comezan as actuacións previas e reafirma que o día inicial é o día en que se adopta o acordo de iniciación.

Por último, este precepto determina que o acordo de iniciación pode ser adoptado por propia iniciativa, como consecuencia de orde superior, por petición razoada doutros órganos ou por denuncia. En relación con isto, tan só cabe dicir que, salvo normativa sectorial específica que diga outra cousa, o día inicial segue sendo o día en que se adopte o acordo de iniciación e non o día da petición razoada, da denuncia ou da orde superior.

#### **REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 4.<sup>a</sup>), do 1 de decembro de 2009, recurso de casación núm. 1099/2008.

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 5.<sup>a</sup>), do 13 de outubro de 2010, recurso de casación núm. 3987/2008.

### **Artigo 59. Inicio do procedemento por propia iniciativa**

*Enténdese por propia iniciativa, a actuación derivada do coñecemento directo ou indirecto das circunstancias, condutas ou feitos obxecto do procedemento polo órgano que ten atribuída a competencia de iniciación.*

#### **COMENTARIO:**

Como xa vimos na análise do artigo 58, os procedementos de oficio iníciáanse por acordo do órgano competente, pero ese acordo pode ter como causa a propia iniciativa do órgano, unha petición razoada doutros órganos, unha orde dun superior xerárquico ou unha denuncia.

Neste artigo defínese a iniciativa propia como a actuación do órgano competente para iniciar o procedemento por ter un coñecemento das circunstancias, condutas ou feitos del.

O procedemento de oficio por excelencia é o procedemento sancionador, pois o artigo 63 da LPACAP determina que estes procedementos sempre se iniciarán de oficio.

Pois ben, chegados a este punto, a cuestión que se formula é se é ou non obrigatorio para a Administración iniciar sempre un procedemento sancionador cando ten coñecemento duns feitos que reúnen os indicios necesarios como para presumir a existencia da comisión dunha infracción administrativa. Esta cuestión cobra a súa maior relevancia, precisamente, nos supostos de propia iniciativa que agora estamos analizando, pois o órgano competente para iniciar coincide co órgano que toma a iniciativa, co cal o control desa actuación é moi difícil precisamente por esa coincidencia, pois, evidentemente, o propio órgano non vai formular –e tampouco podería facelo– un recurso contra a súa propia actuación ou ausencia dela. Este problema non acontece cando estamos ante unha denuncia, unha orde dun superior xerárquico ou unha petición razoada doutros órganos. En efecto, cando se presente unha denuncia, ante a pasividade da Administración ou ante un arquivo de plano desta, o denunciante, como veremos na análise do artigo 62 da LPACAP, podería presentar un recurso. Tamén sería posible un recurso cando esteamos ante unha petición razoada doutros órganos, sempre que non sexan órga-

nos dela como consecuencia do principio de personalidade xurídica única da Administración. Finalmente, este problema non acontece cando estamos ante unha orde dun superior xerárquico, pois neste caso o que opera é o principio de xerarquía administrativa.

Ao respecto, hai que sinalar que a doutrina está dividida, existindo argumentos a favor e en contra da obriga de iniciar sempre un procedemento sancionador cando os feitos revistan tal entidade que poida presumirse a existencia dunha infracción administrativa. Como argumentos a favor da obrigatoriedade de iniciar un procedemento sancionador destaca a salvagarda do principio de seguridade xurídica e o principio de igualdade. Polo contrario, como argumento en contra máis destacable está o feito certo de que non existe unha infraestrutura administrativa de tal entidade que permita perseguir todas as infraccións administrativas.

Pois ben, este debate pouco a pouco vaise clarificando ao abeiro do ditado da xurisprudencia, e pódese avanzar que esta se inclina por entender que o exercicio da potestade sancionadora da Administración é regrado e, xa que logo, de obrigado exercicio cando se teña coñecemento duns feitos que puidesen ser constitutivos de infracción administrativa, non tanto no sentido de incoar un procedemento sancionador, pero si de realizar actuacións previas para poder dilucidar se efectivamente procede ou non adoptar o correspondente acordo de incoación. Neste sentido destacamos, entre outras, a Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Castela e León, Burgos, do 9 de xaneiro de 2009 e a Sentenza da Audiencia Nacional do 13 de maio de 2014, onde conclúe coa estimación parcial do recurso e ordenando a incoación de actuacións inspectoras co fin de levar a cabo as actuacións previas de investigación necesarias para determinar se concorren ou non circunstancias necesarias para a incoación dun procedemento sancionador.

#### **REFERENCIAS XURISPRUDENCIAIS, DOCTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Sentenza da Audiencia Nacional (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 1.<sup>a</sup>), do 13 de maio de 2014, recurso núm. 253/2012.

Navalpotro Ballesteros, Tomás. “Acerca de la discrecionalidad u obligatoriedad en la incoación del procedimiento administrativo sancionador. Un debate más cercano al ocaso”, *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, xullo-decembro 2009, núm. 29.

### **Artigo 60. Inicio do procedemento como consecuencia de orde superior**

1. Enténdese por orde superior a emitida por un órgano administrativo superior xerárquico do competente para a iniciación do procedemento.

2. Nos procedementos de natureza sancionadora, a orde expresará, na medida do posible, a persoa ou persoas presuntamente responsables; as condutas ou feitos que puidesen constituír infracción administrativa e a súa tipificación; así como o lugar e a data, datas ou período de tempo continuado en que os feitos se produciron.

#### **COMENTARIO:**

Como xa vimos na análise do artigo 58, os procedementos de oficio iníciense por acordo do órgano competente, pero ese acordo pode ter como causa a propia iniciativa do órgano, unha petición razoada doutros órganos, unha orde dun superior xerárquico ou unha denuncia.

Neste artigo defínese a orde superior como aquela emitida por un órgano superior xerarquicamente do competente para a iniciación do procedemento.

Se o procedemento é sancionador, o apartado segundo deste artigo determina cal debe ser o contido da orde, que debe indicar, na medida do posible, a determinación do presunto responsable da infracción e as circunstancias en que acaeceron os feitos que constituían a infracción administrativa, así como a súa tipificación e tamén o lugar e o momento da comisión da infracción. Evidentemente, estes aspectos son necesarios para poder iniciar o correspondente procedemento sancionador con posibilidades de prosperar, pois sen unha identificación do presunto responsable non procede ditar acordo de incoación. Tamén se necesita un relato dos feitos con determinación das súas circunstancias temporais e locais, pois non procede

impoñer sanción se non existe unha previa determinación certa da comisión dunha infracción administrativa. Todo isto está en consonancia co contido do artigo 64.2 da LPACAP que, no relativo ao contido mínimo necesario do acordo de incoación dun procedemento sancionador, determina a identificación da persoa ou persoas presuntamente responsables e os feitos que motivan a incoación do procedemento, a súa posible cualificación e as sancións que puidesen corresponder, sen perxucio de que a cualificación xurídica dos feitos poida realizarse nunha fase posterior mediante a elaboración dun prego de cargos.

Se a orde non contén todos os elementos que se citan no apartado segundo deste artigo non significa que non poida iniciarse o procedemento sancionador, senón tan só que debería abrirse as actuacións previas para poder adoptar un acordo de incoación completo de conformidade co establecido no artigo 64.2 da LPACAP pois, de conformidade co artigo 55.2 da LPACAP, a finalidade das actuacións previas no procedemento sancionador é determinar, coa maior precisión posible, os feitos susceptibles de motivar a incoación, a identificación da persoa ou persoas que puidesen resultar responsables e as circunstancias relevantes que concorran nuns e noutros.

Como xa avanzamos na análise do artigo 59, este precepto é unha manifestación do principio de xerarquía administrativa. Neste caso, cando o órgano competente para iniciar reciba unha orde do superior xerárquico, non se presenta o problema de se é ou non obrigada a incoación do procedemento sancionador, xa que a obrigatoriedade de seguir a orde do superior vén determinada pola obediencia debida e pódese incorrer en causa disciplinaria naqueles casos onde se contradiga a citada orde.

### **Artigo 61. Inicio do procedemento por petición razoada doutros órganos**

*1. Enténdese por petición razoada a proposta de iniciación do procedemento formulada por calquera órgano administrativo que non ten competencia para inicialo e que tivo coñecemento das circunstancias, condutas*

*ou feitos obxecto do procedemento, ben ocasionalmente ben por ter atribuídas funcións de inspección, indagación ou investigación.*

*2. A petición non vincula o órgano competente para iniciar o procedemento, ben que deberá comunicar ao órgano que a formulase os motivos por que, se for o caso, non procede a iniciación.*

*3. Nos procedementos de natureza sancionadora, as peticións deberán especificar, na medida do posible, a persoa ou persoas presuntamente responsables, as condutas ou feitos que puideren constituír infracción administrativa e a súa tipificación, así como o lugar e a data, datas ou período de tempo continuado en que os feitos se produciron.*

*4. Nos procedementos de responsabilidade patrimonial, a petición deberá individualizar a lesión producida nunha persoa ou grupo de persoas, a súa relación de causalidade co funcionamento do servizo público, a súa avaliación económica, se for posible, e o momento en que a lesión efectivamente se produciu.*

#### **COMENTARIO:**

Como xa vimos na análise do artigo 58, os procedementos de oficio iníciáanse por acordo de órgano competente, pero ese acordo pode ter como causa a propia iniciativa do órgano, unha petición razoada doutros órganos, unha orde dun superior xerárquico ou unha denuncia.

Neste artigo defínese a petición razoada como a proposta de iniciación formulada por calquera órgano administrativo que non teña competencia para iniciar e que ten coñecemento das circunstancias, condutas ou feitos obxecto do procedemento.

Ao igual que ocorre nos casos de orde superior, se o procedemento é sancionador, o apartado terceiro deste artigo determina cal debe ser o contido da petición, que debe indicar, na medida do posible, a determinación do presunto responsable da infracción e as circunstancias en que acaeceron os feitos que constituían a infracción administrativa, así como a súa tipificación e tamén o lugar e o momento da comisión da infracción. Evidentemente, estes aspectos son necesarios para poder iniciar o correspondente procedemento sancio-



nador con posibilidades de prosperar, pois sen unha identificación do presunto responsable non procede ditar o acordo de incoación. Tamén se necesita un relato dos feitos con determinación das súas circunstancias temporais e locais, pois non procede impoñer sanción se non existe unha previa determinación certa da comisión dunha infracción administrativa. Todo isto está en consonancia co contido do artigo 64.2 da LPACAP que, no relativo ao contido mínimo necesario do acordo de incoación dun procedemento sancionador, determina a identificación da persoa ou persoas presuntamente responsables e dos feitos que motivan a incoación do procedemento, a súa posible cualificación e as sancións que puidesen corresponder sen perxuízo de que a cualificación xurídica dos feitos poida realizar nunha fase posterior mediante a elaboración dun prego de cargos.

Se a petición non contén todos os elementos que se citan no apartado segundo deste artigo, non significa que non poida iniciarse o procedemento sancionador, senón tan só que debería abrirse as actuacións previas para poder adoptar un acordo de incoación completo de conformidade co establecido no artigo 64.2 da LPACAP pois, de conformidade co artigo 55.2 da LPACAP, a finalidade das actuacións previas no procedemento sancionador é determinar, coa maior precisión posible, os feitos susceptibles de motivar a incoación, a identificación da persoa ou persoas que puidesen resultar responsables e as circunstancias relevantes que concorran nuns e noutros.

O apartado cuarto deste artigo dedícase ao inicio do procedemento de responsabilidade patrimonial das administracións, e especifica que deberá conter unha determinación da lesión na persoa ou grupo de persoas afectadas, a relación de causalidade entre o dano e o funcionamento do servizo público, o momento en que acaeceron os feitos e a avaliación económica da lesión. Isto correspóndese co contido do artigo 67.2 da LPACAP cando o procedemento de responsabilidade patrimonial se inicia por solicitude da persoa interesada pois, como se verá, o procedemento de responsabilidade patrimonial das administracións públicas poderá iniciarse de oficio ou a instancia de parte interesada. Esta dualidade na maneira de iniciación determina que tanto a solicitude do interesado como a petición razoa-

da do órgano teñan un contido similar que, ademais, será necesario para que o procedemento prospere.

Finalmente, o apartado segundo deste artigo establece a non vinculación do órgano con competencia para iniciar un procedemento respecto da petición que recibe doutro órgano. Agora ben, para o caso de que non se inicie o procedemento, esta decisión deberalle ser comunicada ao órgano que formulou a petición e tal negativa de iniciación debe ser motivada. Entendemos que esta negativa de iniciación poderá ser obxecto de recurso cando a petición sexa dun órgano de diferente administración da que emana a negativa, pois do contrario rexe o principio de personalidade xurídica única e non podería ser recorrida esta negativa por ser a mesma Administración.

## **Artigo 62. Inicio do procedemento por denuncia**

1. *Entendese por denuncia o acto polo cal calquera persoa, en cumprimento ou non dunha obriga legal, pon en coñecemento dun órgano administrativo a existencia dun determinado feito que poida xustificar a iniciación de oficio dun procedemento administrativo.*

2. *As denuncias deberán expresar a identidade da persoa ou persoas que as presentan e o relato dos feitos que se poñen en coñecemento da Administración. Cando tales feitos poidan constituír unha infracción administrativa, recollerán a data da súa comisión e, cando sexa posible, a identificación dos presuntos responsables.*

3. *Cando a denuncia invoque un prexuízo no patrimonio das administracións públicas, a non iniciación do procedemento deberá ser motivada e notificarase aos denunciante a decisión de se se inicia ou non o procedemento.*

4. *Cando o denunciante participase na comisión dunha infracción desta natureza e existan outros infractores, o órgano competente para resolver o procedemento deberá eximir o denunciante do pagamento da multa que lle correspondería ou outro tipo de sanción de carácter non pecuniario, cando sexa o primeiro en fornecer elementos de proba que permitan iniciar o procedemento ou comprobar a infracción, sempre que*

*no momento de fornecerse aqueles non se dispoña de elementos suficientes para ordenala e se repare o prexuízo causado.*

*Así mesmo, o órgano competente para resolver deberá reducir o importe do pagamento da multa que lle correspondería ou, se for o caso, a sanción de carácter non pecuniario cando, se se cumprir algunha das condicións anteriores, o denunciante facilite elementos de proba que fornezan un valor engadido significativo respecto daqueles de que se dispoña.*

*En ambos os casos será necesario que o denunciante cese na participación da infracción e non destruíse elementos de proba relacionados co obxecto da denuncia.*

*5. A presentación dunha denuncia non confire, por si soa, a condición de interesado no procedemento.*

#### **COMENTARIO:**

Neste artigo analízase a denuncia e o denunciante nos procedementos administrativos, tendo especial relevancia a presentación de denuncias nos procedementos sancionadores, como veremos.

A denuncia defínese no apartado 1 deste artigo e o apartado 2 establece cal debe ser o seu contido e especifica que deberá constar a identidade do denunciante e a relación de feitos que se denuncian. A maiores, cando o que se denuncie sexa a comisión dunha infracción, deberá constar a data da comisión dos feitos e, cando sexa posible, a identidade do presunto infractor. Á vista deste precepto, fórmulase o problema das denuncias anónimas, para o cal destacamos a Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Cataluña do 26 de novembro de 2009 que, malia analizar o suposto para as denuncias anónimas no ámbito tributario, ben pode aplicarse ao dereito sancionador xeral. Así, a citada sentenza establece que as denuncias anónimas “non producen os efectos nin son propiamente «denuncias» no sentido técnico-procesual do termo, e só en casos extraordinarios poden dar lugar a unha investigación ou actuacións previas sobre a propia realidade dos feitos denunciados. Isto acaecería cando os feitos aparezan moi fundados e logo da ponderación da intensidade ofensiva, a proporcionalidade e conveniencia da investigación e a lexitimidade coa que se pretende apoiar as imputacións. Todo

isto deberá ser obxecto dunha especial motivación, pois o contrario permitiría que o inicio de actuacións inspectoras quedase á mercé de calquera cidadán e con calquera motivación, por espuria que fose, con só elaborar un escrito anónimo e un mero escrito anónimo non pode someter a actuacións previas o denunciado”.

No apartado cuarto establece un procedemento de amnistía total ou parcial para o denunciante que participase na comisión da infracción denunciada, polo tanto, só opera nos procedementos sancionadores. Agora ben, está por precisar a que procedementos sancionadores pode aplicarse este procedemento, pois fala de “infracción desta natureza”. Por lóxica, parece referirse ao apartado 3 deste artigo que fala de “prexuízos para o patrimonio das administracións públicas”, non obstante, non hai unha conexión total entre o teor literal do apartado 3 co apartado 4, pois no apartado 3 non se están limitando ás infraccións, senón a un concepto máis amplo. Unha solución pasaría por entender que hai que facer unha interpretación literal da norma e concluír que este procedemento de amnistía só é de aplicación para as infraccións previstas nas leis de patrimonios das diferentes administracións públicas. Outro aspecto que cómpre destacar deste procedemento é o seu carácter obrigatorio, pois establécese en grao imperativo ao usar o verbo “deberá”. As condicións para a amnistía total son a existencia doutros infractores, ser o primeiro en achegar elementos de proba, sempre que a Administración non dispoña de elementos suficientes para ordenar o inicio e se repare o prexuízo causado. Para a amnistía parcial, tamén establecida en termos obrigatorios, requírese que falte algunha das condicións anteriores e que o denunciante achegue elementos de proba que ofrezan un valor engadido significativo ao que xa teña a Administración actuante. Evidentemente, deberemos esperar a ver como define a xurisprudencia o concepto xurídico indeterminado de “valor engadido significativo” pois con este déixase tal marxe de apreciación que isto pode supoñer unha inaplicación deste procedemento de amnistía parcial cando a lei o está determinando como un procedemento de aplicación obligatoria. Outra precisión que deberá facerse para a amnistía parcial é se será posible aplicala cando o denunciante non repare o prexuízo. Como xa vimos, unha das

condicións para a amnistía total é, precisamente, reparar o prexuízo causado e, para a aplicación da amnistía parcial, só se require que falte algunha das condicións da total, polo que podería darse o caso de que non reparando o denunciante infractor o prexuízo pero achegando elementos de proba de valor engadido significativo deba facerse unha redución do importe da multa ou da sanción non pecuniaria, o cal non tería moita lóxica.

No último apartado establece que a mera presentación dunha denuncia non outorga *per se* a condición de interesado no procedemento. Neste punto debemos traer a colación a xurisprudencia relativa á posición xurídica do denunciante nun procedemento sancionador por ser o sancionador un dos procedementos onde máis relevancia ten a figura do denunciante, como xa vimos. Pois ben, neste sentido destacamos, entre outras, a Sentenza do Tribunal Supremo do 26 de xuño de 2007, que fai un repaso e compendio da doutrina maioritaria nesta materia. As regras establecidas nesa sentenza podemos sistematizalas da seguinte maneira:

1. A determinación de se o denunciante ten ou non a condición de interesado nun procedemento sancionador é casuística, pois para tal determinación deberase comprobar se o denunciante ten ou non un interese lexítimo no procedemento sancionador, de tal maneira que a eventual sanción que nese procedemento se impoña lle poida producir un beneficio na súa esfera xurídica ou evitar un prexuízo.

2. O interese lexítimo do denunciante pode ser patrimonial ou moral, de veciñanza, competitivo ou profesional, individual ou colectivo e real. Polo contrario, non serían intereses lexítimos os potenciais ou hipotéticos nin o mero interese na legalidade, é dicir, o mero interese en que en cada caso se cumpra coa legalidade vixente, salvo nos supostos en que exista unha acción pública, evidentemente.

3. Nos casos nos que exista unha acción pública, esta non será predicable para a interposición dos recursos contencioso-administrativos se non existe unha acción pública xudicial ao respecto previamente recoñecida.

4. O interese lexítimo do denunciante non se presume, este deberá probar, aínda que sexa indiciariamente, se a resolución que lle

poña fin ao expediente lle vai supoñer un beneficio ou evitar un prexuízo.

5. Non hai interese lexítimo cando o pretendido polo denunciante sexa unha elevación da sanción imposta pola Administración pois, nos casos nos que exista un interese lexítimo por parte do denunciante, este verase satisfeito coa tramitación do correspondente procedemento, con independencia de cal sexa o seu resultado, é dicir, non é protexible o interese á imposición de sanción ou á elevación da inicialmente imposta. Neste caso, non é o mesmo cando o denunciante impugna un acordo de arquivo da denuncia que cando se ditou unha resolución que examinou o fondo das condutas denunciadas. No primeiro caso, semella que o seu interese non se viu satisfeito, pero non pode dicirse o mesmo do segundo suposto pois, como xa vimos, non hai interese lexítimo de obter un determinado resultado da tramitación do procedemento. Neste sentido, destacamos a Sentenza da Audiencia Nacional do 13 de maio de 2014, que estableceu expresamente: “Recordemos que a xurisprudencia non dubidou en recoñecer lexitimación para demandar da Administración actuante o desenvolvemento da actividade investigadora que resulte conveniente para a debida investigación dos feitos que fosen denunciados, aínda que non para que esa actividade necesariamente finalice nun procedemento disciplinario ou sancionador, cando a dita actividade investigadora non resulta acorde ou proporcionada cos feitos que foron denunciados, e a decisión de arquivo non fose razoablemente motivada para considerar cumprido nela o canon constitucional de interdicción da arbitrariedade dos poderes públicos (artigo 9.3 CE ). Neste sentido manifestouse a Sentenza do Tribunal Supremo do 14 de novembro de 2012, Rec. 192/2012, e esta sala na Sentenza do 15 de outubro de 2013, rec. 439/2011”.

Para terminar coa figura do denunciante, cabe dicir que o Real decreto 1398/1993, do 4 de agosto, polo que se aproba o Regulamento do procedemento para o exercicio da potestade sancionadora, establecía no seu artigo 11.2 que se lle comunicaría ao denunciante a iniciación ou non do procedemento cando a denuncia formulase unha solicitude de iniciación, e quedando en mans do denunciante se procedía ou non tal comunicación. Agora, o sistema cambia radicalmente pois o

artigo 64.1 da LPACAP determina que a incoación só se lle comunicará ao denunciante cando as normas reguladoras do procedemento así o establezan. Esta norma cambia para aqueles supostos onde a denuncia invoque un prexuízo para o patrimonio das administracións públicas; neste caso, de conformidade co apartado 3 deste artigo, a iniciación ou non do procedemento deberalle ser comunicada ao denunciante sempre. En calquera caso, haberá que esperar a como fixa a xurisprudencia o concepto de “prexuízo para o patrimonio das administracións públicas” pois trátase de conceptos xurídicos indeterminados que van requirir de concreción para poder determinar cando debe comunicarse ao denunciante o inicio ou non do procedemento.

#### **REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Cataluña (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 1.<sup>a</sup>), do 26 novembro de 2009, recurso núm. 570/2006.

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 3.<sup>a</sup>), do 26 xuño de 2007.

Sentenza da Audiencia Nacional (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 1.<sup>a</sup>), do 13 maio de 2007, recurso núm. 253/2012.

Chaves, José Ramón. “Dudas jurídicas sobre las denuncias anónimas”, *deLaJusticia.com*, 16 de marzo de 2012.

#### **Artigo 63. Especialidades no inicio dos procedementos de natureza sancionadora**

1. *Os procedementos de natureza sancionadora iniciaranse sempre de oficio por acordo do órgano competente e establecerán a debida separación entre a fase instrutora e a sancionadora, que se encomendará a órganos distintos.*

*Considerarase que un órgano é competente para iniciar o procedemento cando así o determinen as súas normas reguladoras.*

2. *En ningún caso se poderá impoñer unha sanción sen que se tramitase o oportuno procedemento.*

*3. Non se poderán iniciar novos procedementos de carácter sancionador por feitos ou condutas tipificadas como infraccións en cuxa comisión o infractor persista de forma continuada, mentres non se dite unha primeira resolución sancionadora, con carácter executivo.*

#### **COMENTARIO:**

A necesidade de que a Administración realice os seus actos a través dun procedemento vén determinada no artigo 105.c) da Constitución española, que establece: “O procedemento a través do cal deben producirse os actos administrativos garantindo, cando proceda, a audiencia do interesado”. Deste xeito queda garantida a existencia dun procedemento administrativo.

Todo procedemento administrativo está sometido aos límites que marca a Constitución española e que deben ser respectados en todo momento. Podemos citar, entre outros:

- O principio de legalidade, ao abeiro dos artigos 9.3 e 103 da Constitución española.
- A interdicción da arbitrariedade do poderes públicos, de conformidade co artigo 9.3 da Constitución española.
- A obxectividade e a imparcialidade, segundo os artigos 103.1 e 103.3 da Constitución española.

A aplicación destes principios a todos os procedementos administrativos determina a súa aplicación tamén aos procedementos sancionadores, se cabe con máis rigor, pois non pode descoñecerse o carácter gravoso que os procedementos sancionadores teñen para os afectados por eles.

Pois ben, no presente artigo recóllense dous principios básicos do procedemento sancionador, que son o que a doutrina administrativa denomina a garantía do procedemento e a garantía de imparcialidade.

Polo que se refire á denominada garantía do procedemento, esta vén referida no apartado 2 deste artigo, onde se establece que non poderá impoñerse unha sanción se non hai unha previa tramitación do oportuno procedemento. Deste xeito, quedan prohibidas,



sen ningún xénero de dúbidas, as denominadas “sancións de plano” (vid., entre outras, a STC 18/1981, do 8 de xuño). A outra cara desta garantía atopámola no artigo 25.1 da LRXSP que establece: “A potestade sancionadora das administracións públicas exercerase cando fose expresamente recoñecida por unha norma con rango de lei, con aplicación do procedemento previsto para o seu exercicio e de acordo co establecido nesta lei e na Lei de procedemento administrativo común das administracións públicas e, cando se trate de entidades locais, de conformidade co disposto no título XI da Lei 7/1985, do 2 de abril”. Desta maneira, o que se garante é que o afectado por un procedemento sancionador, a través da correspondente e necesaria tramitación do procedemento, poderá exercer o seu dereito de defensa, cousa imposible se non existise tal procedemento.

A consecuencia desta ausencia de procedemento determina a nulidade da sanción imposta pois, de conformidade co artigo 47.6 da LPACAP, son nulos de pleno dereito os actos “ditados prescindindo total e absolutamente do procedemento legalmente establecido...”, debendo diferenciarse a ausencia de procedementos doutras irregularidades que puidesen existir na tramitación do procedemento sancionador e que determinarían, de ser o caso, ou unha anulabilidade ou unha mera irregularidade non invalidante.

A outra garantía referida neste artigo é a chamada garantía de imparcialidade, ao establecerse a oportuna separación entre a fase de instrución e resolución do procedemento sancionador, tal e como se recolle no apartado 1 deste artigo. Non obstante, neste extremo temos que ter en conta que esta separación non é esixible con tanto rigor coma no ámbito xudicial, tal e como se manifestou o Tribunal Constitucional en numerosas ocasións, destacando, entre outras, a Sentenza do Tribunal Constitucional 74/2004, do 22 de abril, e a Sentenza do Tribunal Constitucional 76/1990, do 26 de abril, polo que a súa vulneración non determinará automaticamente a nulidade do procedemento.

Esta imparcialidade vén garantida polos institutos da abstención e recusación establecidos nos artigos 23 e 24 da LRXSP. Deste xeito, os órganos administrativos nos que concorran causas de abstención

deberán absterse e as persoas interesadas poderán recusar os órganos nos que concorran causa de abstención.

A consecuencia da concorrencia da causa de abstención vén determinada expresamente polo artigo 23.4 da LRXSP, que establece: “A actuación de autoridades e persoal ao servizo das administracións públicas nos que concorran motivos de abstención non implicará, necesariamente, e en todo caso, a invalidez dos actos en que interviñesen”.

Por outro lado, no primeiro apartado deste artigo determínase o inicio do procedemento sancionador sempre de oficio pois, como xa vimos, o procedemento administrativo iniciado de oficio por antonomasia é o procedemento sancionador e como tal así o recolle este artigo.

Finalmente, no apartado terceiro establece a prohibición de iniciarse outro procedemento sancionador nos casos de persistencia continuada ata que non se dite unha primeira resolución sancionadora con carácter executivo. Neste punto cabe traer a colación a Sentenza do Tribunal Supremo do 7 de marzo de 2006 onde, en relación coas infraccións continuadas, establece: “En canto ás infraccións continuadas, que se establecen no citado artigo 4.6 do Real decreto 1398/1993, cando sinala que «será sancionable, como infracción continuada, a realización dunha pluralidade de accións ou omisións que infrinxan este ou semellantes preceptos administrativos, en execución dun plan preconcebido ou aproveitando idéntica ocasión», constitúe unha construción xurídica que provén do dereito penal, cuxa concorrencia esixe: a realización dun plan preconcebido ou aproveitamento de idéntica ocasión; a realización dunha pluralidade de accións con unidade psicolóxica e material; e a infracción deste ou semellante preceptos administrativos. Non abonda, polo tanto, para apreciar a existencia de infracción continuada coa simple reiteración de condutas semellantes, como é o caso da realización pola recorrente de diversas campañas publicitarias en razón da actividade á que se dedica, é preciso que esa reiteración de condutas, ademais de infrinxir o mesmo precepto ou outro semellante, responda a un mesmo proceso psicolóxico e material,

que non é o caso das distintas actuacións profesionais desenvolvidas no tempo en razón das oportunidades comerciais que se formulan e na medida en que, atendendo ás circunstancias concorrentes que se valoran en cada caso, se van aceptando e contratando de maneira independente e nas condicións que en cada caso se negocien”. Isto é perfectamente aplicable ao presente artigo 63.3, en tanto que mantén a mesma redacción ca o xa derogado artigo 4.6 do Real decreto 1398/1993, do 4 de agosto, polo que se aproba o Regulamento do procedemento para o exercicio da potestade sancionadora, e tamén respecto o previsto no artigo 29.6 da LRXSP, que establece a definición de infracción continuada no sentido de que “será sancionable como infracción continuada a realización dunha pluralidade de accións ou omisións que infrinxan o mesmo ou semellantes preceptos administrativos, en execución dun plan preconcebido ou aproveitando idéntica ocasión”. O réxime xurídico das infraccións continuadas complétase co previsto no artigo 30.2 da LRXSP sobre o cómputo do prazo da súa prescrición, onde se establece que: “No caso de infraccións continuadas ou permanentes, o prazo comezará a correr desde que finalizou a conduta infractora”, así como no artigo 29.3.b) da LRXSP, que establece expresamente como criterio de graduación das sancións a continuidade ou persistencia na conduta infractora.

#### **REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 6.<sup>a</sup>), do 7 marzo de 2006.

Lopez Torralba, Victoria (2005). “Breve estudio en torno al procedimiento administrativo sancionador y sus garantías”, *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, núm. 22.

#### **Artigo 64. Acordo de iniciación nos procedementos de natureza sancionadora**

1. O acordo de iniciación comunicarase ao instrutor do procedemento, con traslado de cantas actuacións existan ao respecto, e notificarase aos interesados, entendendo en todo caso por tal o inculpado.

*Así mesmo, a incoación comunicarase ao denunciante cando as normas reguladoras do procedemento así o prevexan.*

*2. O acordo de iniciación deberá conter, ao menos:*

- a) A identificación da persoa ou persoas presuntamente responsables.*
- b) Os feitos que motivan a incoación do procedemento, a súa posible cualificación e as sancións que poidan corresponder, sen prexuízo do que resulte da instrución.*
- c) A identificación do instrutor e, se for o caso, secretario do procedemento, con expresa indicación do réxime de recusación destes.*
- d) O órgano competente para a resolución do procedemento e a norma que lle atribúa tal competencia, indicando a posibilidade de que o presunto responsable poida recoñecer voluntariamente a súa responsabilidade, cos efectos previstos no artigo 85.*
- e) Medidas de carácter provisorio que acordase o órgano competente para iniciar o procedemento sancionador, sen prexuízo das que se poidan adoptar durante o procedemento, de conformidade co artigo 56.*
- f) Indicación do dereito a formular alegacións e á audiencia no procedemento e dos prazos para o seu exercicio, así como indicación de que, en caso de non efectuar alegacións no prazo previsto sobre o contido do acordo de iniciación, este poderá ser considerado proposta de resolución cando conteña un pronunciamento preciso acerca da responsabilidade imputada.*

*3. Excepcionalmente, cando no momento de ditar o acordo de iniciación non existan elementos suficientes para a cualificación inicial dos feitos que motivan a incoación do procedemento, a citada cualificación poderá realizarse nunha fase posterior mediante a elaboración dun prego de cargos, que deberá ser notificado aos interesados.*

#### **COMENTARIO:**

En primeiro lugar, convén sinalar que esta nova lei suprime da súa regulación os principios da potestade sancionadora, que agora

aparecen regulados nos artigos 25 e seguintes da Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público.

A partir da entrada en vigor da Lei 39/2015, do 1 de outubro, o procedemento sancionador rexerese polas súas disposicións comúns contidas no seu título IV, que regula o procedemento administrativo común, aínda que coas particularidades que prevé expresamente para o procedemento sancionador (por exemplo, artigo 63 “Especialidades no inicio dos procedementos de natureza sancionadora”, artigo 85 “Terminación nos procedementos sancionadores”, artigo 89 “Proposta de resolución nos procedementos de carácter sancionador”, artigo 90 “Especialidades da resolución nos procedementos sancionadores”) e que ata agora se atopaban reguladas no Real decreto 1398/1993, do 4 de agosto, polo que se aproba o Regulamento do procedemento para o exercicio da potestade sancionadora. No entanto, é preciso ter en conta a aplicación supletoria da lei a determinados procedementos, xa que conforme á disposición adicional primeira da Lei 39/2015:

“As seguintes actuacións e procedementos rexeranse pola súa normativa específica e supletoriamente polo disposto nesta lei:

- a) As actuacións e procedementos de aplicación dos tributos en materia tributaria e aduaneira, así como a súa revisión en vía administrativa.
- b) As actuacións e procedementos de xestión, inspección, liquidación, recadación, impugnación e revisión en materia de Seguridade Social e desemprego.
- c) As actuacións e procedementos sancionadores en materia tributaria e aduaneira, na orde social, en materia de tráfico e seguridade viaria e en materia de estranxeiría.
- d) As actuacións e procedementos en materia de estranxeiría e asilo”.

A continuación, centrarémonos na nova regulación e comezaremos polo acordo de incoación do procedemento sancionador que,

como o seu propio nome indica, é o acto polo que se acorda a incoación do procedemento e que produce dous efectos fundamentais:

- A data da súa notificación ocasiona a interrupción do prazo de prescrición da infracción, pois segundo o artigo 30.2 da Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público, “o prazo de prescrición das infraccións comezará a contar desde o día en que a infracción se cometese” e continúa dicindo que “interromperá a prescrición a iniciación, con coñecemento do interesado, dun procedemento administrativo de natureza sancionadora, e reiniciarase o prazo de prescrición se o expediente sancionador estivese paralizado durante máis dun mes por causa non imputable ao presunto responsable”.
- A data da súa adopción permite fixar o *dies a quo* para os efectos do cómputo do prazo de caducidade, pois é a data de adopción do acordo de incoación e non a data da súa notificación a que fixa o inicio do prazo de caducidade. Pola contra, o *dies ad quem* do devandito prazo vén dado, non polo acordo de sanción, senón pola data da súa notificación. Isto é, o prazo de caducidade de todo procedemento sancionador computarase desde a data de adopción do acordo de inicio do procedemento ata a data de notificación da resolución sancionadora.

Neste sentido, véxase a Sentenza do 14 de xullo do 2009 do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo) que, referíndose á regulación contida na lei 30/1992, sinala que “o prazo de duración máxima do procedemento non se conta desde a notificación do acordo de iniciación deste, senón desde a data deste acordo, pois así o dispón con total claridade o artigo 42.3.a) da Lei 30/1992, tras a redacción dada pola Lei 4/1999, que establece que o prazo máximo no que debe notificarse a resolución expresa contará, nos procedementos iniciados de oficio, desde a data do acordo de iniciación”. E o artigo 44.2 engade, con igual claridade, e tras esa nova redacción, que nos procedementos iniciados de oficio nos que a Administración exercite potestades de intervención susceptibles de producir efectos desfavorables ou de gravame, como é o caso, o vencemento dese prazo máximo sen que se ditase e notificase resolu-

ción expresa produce, como efecto xurídico, o da caducidade e o consecuente arquivo das actuacións”.

E neste mesmo sentido se pronuncia a Sentenza do 10 de marzo de 2008 do Tribunal Supremo que, tamén en referencia á regulación anterior, establece que “o artigo 44 dispón que nos procedementos en que a Administración exercite potestades sancionadoras ou de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables ou de gravame, se producirá a caducidade polo vencemento do prazo máximo establecido sen que se ditase e notificase resolución expresa”.

En ningún caso se fixará como *dies a quo* para o cómputo o da data da denuncia, xa que esta non inicia o procedemento sancionador, senón que se limita a poñer en coñecemento do órgano competente os feitos acontecidos para que este adopte a decisión que proceda sobre a incoación do procedemento, sen estar vinculado ademais polo contido desa denuncia previa.

En canto á caducidade do procedemento sancionador pola resolución tardía do recurso administrativo interposto contra a resolución sancionadora, a xurisprudencia do Tribunal Supremo (sentenzas en interese da Lei do 15 de decembro de 2004 e 22 de setembro de 2008) establecía que o límite para o exercicio da potestade sancionadora e para a prescrición das infraccións conclúe coa notificación da resolución sancionadora, de maneira que a interposición do recurso de alzada contra esta dá lugar a un procedemento distinto e, polo tanto, a demora na resolución expresa do recurso de alzada contra unha resolución sancionadora non produce a prescrición da infracción (xa sancionada), nin tampouco supón que a sanción gañe firmeza nin que se converta en executiva, de modo que non pode iniciarse o cómputo do prazo de prescrición da sanción. Esta situación muda coa Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público que, no seu artigo 30.3, sinala que “no caso de desestimación presunta do recurso de alzada interposto contra a resolución pola que se impón a sanción, o prazo de prescrición da sanción comezará a contar desde o día seguinte a aquel en que finalice o prazo legalmente previsto para a resolución do devandito recurso”. Acábase así co problema das

sancións recorridas en vía administrativa sen que a Administración resolva expresamente, pois de acordo co novo precepto transcrito a sanción pode prescribir durante a tramitación do recurso de alzada se a súa resolución se demora máis alá do prazo de prescripción.

O acordo de incoación debe conter:

1. A identificación da persoa ou persoas presuntamente responsables.

A persoa finalmente sancionada debe figurar como inculpada no acordo de incoación, de maneira que unha vez iniciado o procedemento da instrución resulta que os presuntos responsables non son os inicialmente inculcados, senón outros distintos. Deberá ditarse a resolución absolvendo os primeiros e iniciarse un novo procedemento sancionador respecto dos segundos sempre que, respecto dos segundos, non transcorrese o prazo de prescripción da infracción.

2. Os feitos que motivan a incoación do procedemento, a súa posible cualificación e as sancións que puidesen corresponder, sen prexuízo do que resulte da instrución.

O acordo de incoación pode conter ou non o prego de cargos. Neste último caso, a súa formulación terá lugar como trámite autónomo nun momento posterior ao acordo de incoación e unha vez designado o instrutor do procedemento. Véxase a título de exemplo o artigo 210 do Real decreto 1211/1990, do 28 de setembro, polo que se aproba o Regulamento de ordenación dos transportes terrestres ou o artigo 330 do Real decreto 849/1986, do 11 de abril, polo que se aproba o Regulamento do dominio público hidráulico.

A finalidade do prego de cargos é informar o presunto responsable dos feitos que se lle atribúen e non sobre a súa cualificación xurídica, extremo este do que se encargará a proposta de resolución.

3. Identificación do instrutor e, se for o caso, do secretario do procedemento, coa indicación expresa do réxime de recusación destes.

A designación do instrutor é un trámite esencial do procedemento cuxa omisión é determinante de nulidade de pleno dereito.

Cousa distinta é que a designación do instrutor e, se for o caso, do secretario, non se lle notificase ao interesado. Neste caso, atopa-



riámonos ante unha mera irregularidade non invalidante, sempre que a omisión desta notificación non lle ocasionase indefensión ao sancionado, o que terá lugar se con posterioridade invoca motivos de recusación contra os designados. Lémbrese que, conforme ao artigo 24.1 da Lei 40/15, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público, os interesados poderán promover a recusación en calquera momento da tramitación do procedemento.

A diferenza do instructor, a falta de designación dun secretario non vicia necesariamente de nulidade o procedemento, salvo que este nomeamento sexa esixido pola normativa correspondente.

4. Órgano competente para a resolución do procedemento e norma que lle atribúa tal competencia, e indicarse a posibilidade de que o presunto responsable poida recoñecer voluntariamente a súa responsabilidade, cos efectos previstos no artigo 85.

Se as disposicións legais correspondentes así o prevén, poderanse aplicar reducións sobre a sanción proposta, sempre que o interesado aboe o importe correspondente antes de que se dite a resolución sancionadora. Neste sentido, véxase o comentario ao artigo 85 desta mesma disposición.

5. Medidas de carácter provisorio acordadas polo órgano competente para iniciar o procedemento sancionador, sen prexuízo das que se poidan adoptar durante este, de conformidade co artigo 56.

6. Indicación do dereito a formular alegacións e á audiencia no procedemento e dos prazos para o seu exercicio, así como indicación de que, en caso de non efectuar alegacións no prazo previsto sobre o contido do acordo de iniciación, este poderá ser considerado proposta de resolución.

Para que o acordo de iniciación notificado poida ser considerado proposta de resolución, é necesario: 1) que se indique expresamente esa posibilidade no acordo de incoación; 2) que o acordo de incoación presente o contido legalmente esixible e 3) que o inculpado non presente alegacións en prazo sobre o contido do acordo. Nestes casos, non será necesaria a notificación da proposta de resolución nin a concesión dun trámite de audiencia, pois o acordo de incoación actúa como proposta de resolución.

Por último, convén sinalar que a incoación do procedemento sancionador se lle comunicará ao denunciante cando as normas reguladoras do procedemento así o prevexan. De non prevexo así, a denuncia pode ser arquivada ou pode dárselle o curso que estime oportuno a Administración, sen proporcionar maiores explicacións.

Unha vez notificada, se for o caso, ao denunciante esta resolución non haberá de notificárselle ningunha máis, salvo que ademais de tal condición teña o denunciante un interese lexítimo no procedemento sancionador, co que reuniría unha dobre condición de denunciante e interesado. Nese sentido, o Tribunal Supremo sinala que “a clave para a determinación de se existe ou non un interese lexítimo no proceso debe situarse no dato de se a imposición dunha sanción (...) pode producir un efecto positivo na esfera xurídica do denunciante ou pode eliminar unha carga ou gravame nesa esfera. Será así en cada caso, e en función do pretendido, como se poida dar a contestación adecuada, a non ser que a imposición da sanción constituía por si mesma a satisfacción dun interese... Esta doutrina está recollida en numerosas sentenzas; por exemplo: Sentenzas do Tribunal Supremo do 23 de febreiro de 200, do 17 de marzo de 2000, do 8 de febreiro de 2000”.

Con iso, séguese na liña consolidada pola xurisprudencia que lle nega ao denunciante o dereito a esixir un resultado (que se sancione ou unha sanción concreta) e a que se lle comunique o estado ou o desenvolvemento das actuacións (art. 64.1 da Lei 39/2015).

Este criterio é o recollido na recente Sentenza da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo do 2 de novembro de 2015, referida ás denuncias fronte a xuíces e maxistrados, na que se afirma que “viñemos negando lexitimación para reclamar que a actividade investigadora iniciada (...) necesariamente finalice na incoación dun procedemento disciplinario ou na imposición dunha sanción, pois consideramos que a imposición ou non dunha sanción ao xuíz ou maxistrado denunciado non produce efecto positivo ningún na esfera xurídica do denunciante, nin elimina carga ou gravame ningún desa esfera.

Así pois, o denunciante queda reducido a confidente cego, que se limita a poñer en coñecemento da Administración a suposta ilegala-

lidade, que queda comprometida a instruír un procedemento, pero sen dereito subjectivo do denunciante a que a súa denuncia se canalice cun resultado sancionador”.

#### REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOCTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 7.<sup>a</sup>), do 23 de febreiro de 2000, recurso contencioso-administrativo núm. 249/1997.

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 7.<sup>a</sup>) do 17 de marzo de 2000, recurso contencioso-administrativo núm. 517/1997.

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 7.<sup>a</sup>), do 8 de febreiro de 2000, recurso contencioso-administrativo núm. 692/1997.

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo), do 14 de xullo de 2009, recurso de casación núm. 4682/2007.

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo), do 15 de decembro de 2004, recurso de casación en interese da Lei 97/2002 e Sentenza do 22 de setembro de 2008, recurso de casación en interese da lei núm. 69/2005.

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo), do 2 de novembro de 2015, recurso contencioso-administrativo núm. 908/2014.

Avogacía Xeral do Estado. Dirección do Servizo Xurídico do Estado (2005). *Manual de derecho administrativo sancionador*. Thomson Aranzadi.

Ayala Muño, José María; García Gomez de Mercado, Francisco; Gutiérrez Delgado, José Manuel; Monedero Montero de Espinosa, José Ignacio; Ripoll Martínez de Bedoya, M.<sup>a</sup> Dolores; Rivero González, Manuel; Sanz Gandásegui, Francisco e Vega Labella, José Ignacio. *Régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo*. Editorial Thomson.

Cobo Olvera, Tomás. *El régimen jurídico de las administraciones públicas y el procedimiento administrativo común*. Ley 30/1992 de 26 de

*noveviembre. Análisis normativo, doctrinal e xurisprudencial.* Editorial La Ley, 3.<sup>a</sup> edición.

Garberi Llobregat, José e Buitrón Ramírez, Guadalupe. *El procedimiento administrativo sancionador.* Editorial Tirant Lo Blanch Tratados.

### **Artigo 65. Especialidades no inicio de oficio dos procedementos de responsabilidade patrimonial**

1. *Cando as administracións públicas decidan iniciar de oficio un procedemento de responsabilidade patrimonial, será necesario que non prescribise o dereito á reclamación do interesado a que se refire o artigo 67.*

2. *O acordo de iniciación do procedemento notificarase aos particulares presuntamente lesionados e concederáselles un prazo de dez días para que acheguen cantas alegacións, documentos ou información estimen conveniente ao seu dereito e propoñan cantas probas sexan pertinentes para o recoñecemento deste. O procedemento iniciado instruírase aínda que os particulares presuntamente lesionados non comparezan no prazo establecido.*

#### **COMENTARIO:**

A regulación do réxime de responsabilidade das administracións públicas establécese no artigo 106.2 da Constitución española, que estipula o seguinte: “Os particulares, nos termos establecidos pola lei, terán dereito a ser indemnizados por toda lesión que sufran en calquera dos seus bens e dereitos, salvo nos casos de forza maior, sempre que a lesión sexa consecuencia do funcionamento dos servizos públicos”. Actualmente, régúlase nos artigos 32 a 36 da Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público e, na Lei 39/2015, do 1 de outubro, do procedemento administrativo común das administracións públicas, prevese a regulación dos aspectos procedementais desta.

A responsabilidade patrimonial das administracións públicas é unha institución esencial no dereito administrativo, dirixida á repa-

ración dos danos causados aos cidadáns polo funcionamento normal ou anormal dos servizos públicos.

Como trazos fundamentais desta, poden sinalarse os seguintes:

- Trátase dunha responsabilidade que posúe carácter total e que cobre os danos ocasionados pola actuación, non só da Administración senón da totalidade dos poderes públicos.
- É unha responsabilidade obxectiva, de carácter xeral.
- É unha responsabilidade directa e non subsidiaria da Administración.

A partir do anterior, en primeiro lugar hai que pór de manifesto que coa entrada en vigor da Lei 39/2015, do 1 de outubro, o procedemento de responsabilidade patrimonial se rexerá polas súas disposicións comúns contidas no seu título IV que regula o procedemento administrativo común, pero coas particularidades que expresamente prevé para o procedemento específico de responsabilidade patrimonial (por exemplo, artigo 65 “Especialidades no inicio de oficio dos procedementos de responsabilidade patrimonial”, artigo 81 “Solicitude de informes e ditames nos procedementos de responsabilidade patrimonial”, artigo 91 “Especialidades da resolución nos procedementos en materia de responsabilidade patrimonial”) e que ata agora se atopaban reguladas no Real decreto 429/1993, do 26 de marzo, polo que se aproba o Regulamento dos procedementos das administracións públicas en materia de responsabilidade patrimonial.

Ao contrario do que acontece cos procedementos sancionadores que só poden iniciarse de oficio, os de responsabilidade patrimonial poden iniciarse tanto a instancia dos propios interesados coma por decisión da propia Administración.

En canto ao comezo de oficio, a regulación contida neste artigo ha de completarse co establecido nos artigos 58 a 62 da mesma disposición, que regulan a iniciación de oficio de todo procedemento administrativo, xa sexa por propia iniciativa ou como consecuencia de orde superior, a petición razoada doutros órganos ou por denuncia.

Procede a iniciación de oficio cando o órgano competente para inicialo, sexa por decisión propia, orde do superior xerárquico, pe-

tición de órgano inferior na escala xerárquica ou por denuncia dos particulares ou dun funcionario no exercicio do cargo, entenda que se produciron lesións nos bens e dereitos dos particulares susceptibles de reparación, a condición de que a lesión sexa consecuencia do funcionamento normal ou anormal do servizo, e salvo nos casos de forza maior ou de danos que o particular teña o deber xurídico de soportar (art. 31.1 da Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público).

A iniciación de oficio do procedemento de responsabilidade patrimonial co fin de determinar a posible responsabilidade da Administración ten unha razón de ser e é que, cando os danos susceptibles de seren indemnizados son ocasionados por un órgano distinto do que debe resolver, aquel debe pór en coñecemento deste último eses feitos para que inicie o procedemento, pois de non facelo así pode ocorrer que o órgano que coñece a causa dun dano non poida actuar por non ser competente e, ao mesmo tempo, que o órgano competente para actuar non o faga por descoñecer a existencia de feitos causantes dun dano susceptible de ser indemnizado.

A iniciación de oficio non é unha facultade da Administración, senón que é de obrigado cumprimento, como se deduce da redacción do apartado 1 do artigo 58, que di que “se iniciarán” non que “se poderán iniciar”. No entanto, a realidade é moi distinta, posto que son escasos os supostos en que os procedementos de responsabilidade patrimonial se inician de oficio.

Cando o procedemento se inicie de oficio por petición razoada, esta deberá individualizar a lesión, a súa relación de causalidade co funcionamento do servizo público, a súa avaliación económica se fose posible, e o momento en que a lesión efectivamente se produciu (art. 61.4 da Lei 39/2015).

O acordo de iniciación do procedemento debe notificarse aos particulares presuntamente lesionados e concederáselles un prazo de 10 días para que acheguen cantas alegacións, documentos ou información estimen convenientes ao seu dereito e para que propoñan as probas que estimen pertinentes.

O procedemento instruírse aínda que os particulares non se presenten no prazo de 10 días establecido, pero aínda que a lei non o estableza así entenderase que, se os afectados non se presentan posteriormente e tampouco comparecen no trámite de audiencia, o instrutor propondrá que se dite resolución na que se declare o arquivo provisional das actuacións, sen entrar no fondo do asunto, arquivo que se converterá en definitivo cando transcorra o prazo de prescrición da reclamación, salvo que o interesado se presente no procedemento dentro de prazo.

O procedemento non poderá iniciarse de oficio se prescribiu o dereito para reclamar dos interesados. Respecto diso, o artigo 67 desta mesma disposición sinala que o dereito para reclamar prescribirá ao ano de producido o feito ou o acto que motive a indemnización ou de manifestarse o seu efecto lesivo. En caso de producirse danos de carácter físico ou psíquico ás persoas, o prazo empezará a computarse desde a curación ou a determinación do alcance das secuelas.

Para determinar o *dies a quo* do cómputo do prazo para reclamar, debemos distinguir entre danos permanentes e danos continuados, sobre os que a xurisprudencia se pronunciou de maneira reiterada.

Pódense definir os danos permanentes como aqueles en que o acto xerador destes se esgota nun momento concreto, aínda cando sexa inalterable e permanente no tempo o resultado lesivo e, producido o acto causante da lesión, esta queda determinada e pode ser avaliada de forma definitiva. Por iso, o día inicial do cómputo é o seguinte a aquel en que se produce o dano. Os danos continuados, en cambio, son aqueles que se producen día a día, de maneira prolongada no tempo e sen solución de continuidade, cuxo resultado lesivo non pode determinarse de forma definitiva ata que non cesa o feito causante deste, senón que é necesario que pase un período de tempo máis ou menos longo para poder avaliar economicamente as consecuencias do feito ou do acto causante deste; isto é, as secuelas. Por iso, para este tipo de danos, o prazo para reclamar empeza a contar desde o día en que cesan os efectos lesivos e en que poden determinarse esas secuelas.

Unha vez concretado o alcance das secuelas, os tratamentos posteriores (rehabilitadores ou doutro tipo) que o paciente poida levar a cabo para mellorar a súa calidade de vida ou evitar posteriores complicacións na saúde ou na progresión da enfermidade, sen alterar o alcance das secuelas, non interrompen o cómputo do prazo de prescrición.

Neste sentido, en relación cos danos permanentes e continuados e coa fixación do día inicial para o cómputo do prazo de prescrición, pronunciouse, entre outras moitas, a Sentenza do Tribunal Supremo do 24 abril 2012, que establece que “existen determinadas enfermidades nas que non é posible unha curación propiamente dita, pois a saúde queda quebrantada de forma irreversible, supostos en que entra en xogo a previsión legal de que o exercicio da acción de responsabilidade se efectuará desde a determinación do alcance das secuelas”.

Tamén é evidente que xorden casos na realidade sanitaria en que nin existe auténtica curación nin a posibilidade de determinar o alcance das secuelas; e iso ben porque a propia natureza da enfermidade non permita prever a posible evolución destas, ben porque no devir do seu desenvolvemento se produzan secuelas imprevistas e non determinadas, en cuxos supostos este tribunal aceptou a posibilidade da existencia dunha temporánea reclamación a pesar de producirse esta fóra do período do ano desde que inicialmente se produciu o diagnóstico en atención a esa imposibilidade de determinación concreta en toda a súa extensión do dano sufrido. É o suposto de enfermidades de evolución imprevisible, como son as derivadas do contaxio da hepatite C ou da sida, ou aqueles ocasionais casos en que a enfermidade inicialmente diagnosticada se traduce nunhas secuelas de imposible predeterminación na súa orixe. Nestes últimos casos, o prazo de prescrición non comeza a computarse senón a partir do momento en que esta determinación é posible, e aceptárase igualmente que naquelas enfermidades excepcionais de imprevisible evolución o dano poida ser reclamado, como continuado, en calquera momento. Para ese efecto, o *dies a quo* para o exercicio da acción de responsabilidade patrimonial será aquel en que se coñezan definitivamente os efectos do quebranto ou, noutros termos, aquel en que se obxectivan as lesións co alcance definitivo das secuelas, e



rexeitarase a prescrición cando se pretende basear o prazo anual na data do diagnóstico da enfermidade.

O que tampouco supón que o prazo quede aberto de maneira indefinida, senón que se estará ao momento no que se concreta o alcance das secuelas, pois o carácter crónico ou continuado da enfermidade non impide coñecer nun determinado momento da súa evolución o seu alcance e secuelas definitivas ou polo menos daquelas cuxa concreta reparación se pretende”.

Por último, con relación ao prazo de prescrición dun ano, é necesario facer mención á posibilidade da súa interrupción, que pode ter lugar:

- Pola incoación dun proceso penal que verse sobre a posible comisión dos feitos delituosos aos que poida estar ligada a responsabilidade administrativa.
- Interrompido o prazo de prescrición, comezará a contar de novo cando recaia resolución firme e esta sexa notificada.
- Pola reclamación dirixida a unha persoa ou Administración distinta; neste caso, trátase de determinar se a reclamación dirixida contra un terceiro, público ou privado, interrompe a prescrición respecto da Administración causante do dano. A resposta será negativa, pois tal e como sinalou de forma constante a xurisprudencia, as actuacións interruptivas dirixíranse contra o suxeito responsable, polo que a eficacia interruptiva non pode ser apreciada, por exemplo, cando a acción civil se dirixa, non contra a Administración, senón contra un suxeito privado, pois de ningún xeito pode considerarse que implicase o exercicio dunha iniciativa encamiñada a facer efectiva a responsabilidade patrimonial da Administración.

Cousa distinta é que poida recoñecerse a eficacia interruptiva á reclamación de responsabilidade patrimonial dirixida contra unha Administración distinta á causante do dano. Con iso trátase de evitar que a complexa repartición de competencias administrativas poida ocasionar que, como consecuencia da prescrición, un prexuízo orixinado polo funcionamento dos servizos públicos que o particular non teña o deber xurídico

de soportar, quede sen reparar a pesar de que este seguise unha conduta dilixente ao exercer a reclamación, malia que sexa ante unha Administración distinta á finalmente responsable.

#### REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 4.<sup>a</sup>), do 24 abril 2012, recurso de casación núm. 1896/2011.

Ayala Muño, José María; García Gómez de Mercado, Francisco; Gutiérrez Delgado, José Manuel; Monedero Montero de Espinosa, José Ignacio; Ripoll Martínez de Bedoya, M.<sup>a</sup> Dolores; Rivero González, Manuel; Sanz Gandásegui, Francisco e Vega Labella, José Ignacio. *Régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo*. Editorial Thomson.

Cobo Olvera, Tomás. *El régimen jurídico de las administraciones públicas y el procedimiento administrativo común. Ley 30/1992 de 26 de noveviembre. Análisis normativo, doctrinal e xurisprudencial*. Editorial La Ley, 3.<sup>a</sup> edición.

### SECCIÓN 3.<sup>a</sup>

## Inicio do procedemento por solicitude do interesado

### Artigo 66. Solicitudes de iniciación

1. As solicitudes que se formulen deberán conter:

- a) Nome e apelidos do interesado e, se for o caso, da persoa que o represente.
- b) Identificación do medio electrónico ou, na súa falta, lugar físico en que desexa que se practique a notificación. Adicionalmente, os interesados poderán proporcionar ou seu enderezo de correo electrónico e/ou dispositivo electrónico co fin de que as administracións públicas os avisen do envío ou posta á disposición da notificación.
- c) Feitos, razóns e petición en que se concrete, con toda claridade, a solicitude.

- d) *Lugar e data.*
- e) *Sinatura do solicitante ou acreditación da autenticidade da súa vontade expresada por calquera medio.*
- f) *Órgano, centro ou unidade administrativa a que se dirixe e ou seu correspondente código de identificación.*

*As oficinas de asistencia en materia de rexistros estarán obrigadas a facilitar aos interesados o código de identificación se o interesado o descoñece. Así mesmo, as administracións públicas deberán manter e actualizar na sede electrónica correspondente unha lista cos códigos de identificación vixentes.*

*2. Cando as pretensións correspondentes a unha pluralidade de persoas teñan un contido e fundamento idéntico ou substancialmente similar, poderán ser formuladas nunha única solicitude, salvo que as normas reguladoras dos procedementos específicos dispoñan outra cousa.*

*3. Das solicitudes, comunicacións e escritos que presenten os interesados electronicamente ou nas oficinas de asistencia en materia de rexistros da Administración poderán estes exixir o correspondente recibo que acredite a data e hora de presentación.*

*4. As administracións públicas deberán establecer modelos e sistemas de presentación masiva que permitan aos interesados presentar simultaneamente varias solicitudes. Estes modelos, de uso voluntario, estarán á disposición dos interesados nas correspondentes sedes electrónicas e nas oficinas de asistencia en materia de rexistros das administracións públicas.*

*Os solicitantes poderán xuntar os elementos que consideren convenientes para precisar ou completar os datos do modelo, os cales deberán ser admitidos e tidos en conta polo órgano a que se dirixan.*

*5. Os sistemas normalizados de solicitude poderán incluír comprobacións automáticas da información presentada respecto de datos almacenados en sistemas propios ou pertencentes a outras administracións ou ofrecer o formulario completado, en todo ou en parte, con obxecto de que o interesado verifique a información e, se for o caso, a modifique e complete.*

6. *Cando a Administración, nun procedemento concreto, estableza expresamente modelos específicos de presentación de solicitudes, estes serán de uso obrigatorio para os interesados.*

#### **COMENTARIO:**

O artigo 66 da LPA está integrado dentro do título IV da lei, relativo as disposicións sobre o procedemento administrativo común. A principal novidade que presenta é que os anteriores procedementos especiais sobre potestade sancionadora e responsabilidade patrimonial da Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e procedemento administrativo común, estaban regulados en títulos separados e agora integráronse como especialidades do procedemento administrativo común.

Deste xeito, esta formulación responde a un dos obxectivos da nova lei, a simplificación dos procedementos e a súa integración como especialidades no procedemento administrativo común, co que se contribúe a aumentar a seguridade e fixeza xurídica da nova norma.

Así mesmo, este título incorpora ás fases de iniciación, ordenación, instrución e finalización do procedemento o uso xeneralizado e obrigatorio de medios electrónicos.

O artigo 66 regula as solicitudes de iniciación do procedemento e practicamente describe o contido do anterior artigo, excepto algunhas novidades relativas ás oficinas de asistencia en materia de rexistros, aspectos da Administración electrónica e os apartados 5 e 6 relativos a sistemas normalizados de solicitude.

As oficinas de asistencia en materia de rexistro son as mesmas oficinas de rexistro que temos agora, pero no canto de encargarse de rexistrar, é dicir, inscribir no libro de rexistro as anotacións e deixar nota expresiva da anotación con data e número no escrito presentado, do que se encargan é de converter as solicitudes en papel das persoas interesadas a formato electrónico e incorporalas no rexistro.

Esta asistencia elévase a dereito da cidadanía ao establecer no apartado b) do artigo 27 que as persoas teñen dereito a seren asistidas no uso de medios electrónicos nas súas relacións coas adminis-

tracións públicas. Así mesmo, establécese que as persoas físicas, con carácter xeral, poden elixir entre comunicarse por medios electrónicos ou a través destas oficinas de asistencia.

As oficinas de asistencia en materia de rexistro terán as seguintes funcións:

- Converter os escritos presentados polos interesados (só persoas físicas) en papel a formato electrónico, cos requisitos necesarios para seren consideradas copias auténticas.
- Asistir no uso de medios electrónicos aos interesados, en especial no referente á identificación e sinatura electrónica, presentación de solicitudes a través de rexistro electrónico xeral e obtención de copias auténticas.
- Outorgar apoderamento *apud acta*, mediante comparecencia persoal nestas oficinas por quen ocupe a condición de interesado nun procedemento administrativo.
- Realizar notificacións por comparecencia espontánea do interesado ou o seu representante cando, acudindo á oficina, solicite a comunicación e notificación persoal no momento.
- Facilitarlles ás persoas interesadas o código de identificación do órgano, centro ou unidade administrativa aos que se dirixen as solicitudes.
- Expedir recibos que acrediten a data de presentación das solicitudes, comunicacións e escritos.

Respecto das obrigas que o mantemento dunha rede de oficinas de asistencia ao rexistro supón, ademais das habituais de provisión de recursos humanos e materiais, con especial atención ás necesidades de dixitalización conforme as normas técnicas de interoperabilidade, hai que sinalar tamén as seguintes:

- Do mesmo xeito ca na Lei 30/1992, sobre as oficinas de rexistro deberase de facer pública e manter actualizada unha relación das oficinas nas que se prestará asistencia para a presentación de solicitudes e escritos e, neste mesmo sentido, tamén se indicarán, pola súa vez, os horarios en que de luns a sábado deben permanecer abertas as ditas oficinas.

- O persoal que preste servizo nas oficinas de asistencia deberá de estar de alta no rexistro actualizado de empregados públicos habilitados para realizar a identificación ou sinatura electrónica de interesados, que deberá de estar plenamente interoperable e estar conectado cos das restantes administracións públicas para os efectos de comprobar a validez da citada habilitación.
- Deberá de manterse un directorio xeográfico na sede electrónica que lle permita ao interesado identificar a oficina de asistencia en materia de rexistros máis próxima ao seu domicilio.
- Establécese a obrigatoriedade de admisión e rexistro de solicitudes dirixidas a calquera Administración pública, polo tanto, existe o portelo único en todas as oficinas exista ou non convenio, como se fixo anteriormente nas oficinas de rexistro dos municipios de gran poboación.
- Finalmente, deberán de establecerse modelos de presentación masiva que lles permitan aos interesados presentar simultaneamente varias solicitudes.

Revisión do alcance da norma respecto do rexistro e das oficinas de asistencia:

- A nova lei é decididamente un paso adiante na modernización da Administración pública e destaca o seguinte:

En primeiro lugar, a aposta pola Administración electrónica. A nova lei pon en práctica o concepto de Administración sen papeis, seguindo os éxitos dos proxectos desenvolvidos de factura electrónica, ORVE (Oficina de Rexistro Virtual de Entidades), presentación electrónica de IVE... O rexistro, arquivo e expediente serán obrigatoriamente electrónicos e potenciarase este tipo de interacción co administrado.

En segundo lugar, a partir da súa aplicación, debido a que se amplía o ámbito territorial da admisión de escritos dirixidos a calquera Administración pública, un cidadán pode presentar un escrito no seu concello, sexa cal for o seu réxime, dirixido a calquera Administración pública, o que supón unha mellora do servizo relevante e que profunda no concepto de colaboración entre administracións. Con

todo, debería de abordarse a compensación, dado que na actualidade contamos cos datos que constan no Sistema de Interconexión de Rexistros.

En terceiro lugar, suporá reforzar, por unha banda, a rede de oficinas de rexistro xa establecidas no Esquema Nacional de Seguridade, o cal debería de acabar sendo o medio de publicidade das oficina e, pola outra, reforzar un rexistro unitario de persoal habilitado para realizar identificación ou sinatura electrónica das persoas interesadas, que na actualidade parcialmente consta en diferentes instrumentos.

Respecto dos modelos aos que alude o artigo 66, é preciso ter en conta o Real decreto 465/1999, do 17 de setembro, polo que se establecen criterios de imaxe institucional e se regula a produción documental e o material impreso da Administración xeral do Estado. De feito, os artigos 8 e 9 do citado real decreto refírense aos modelos normalizados enumerados no precepto.

Finalmente, é importante ter en conta a obrigatoriedade do uso por parte dos interesados do modelo específico de presentación de solicitudes que fixou previamente a Administración.

#### **REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Ditame do Consello de Estado 275/2015 (Facenda e administracións públicas).

Sentenza do STSX de Madrid (Sala do Contencioso-Administrativo), do 17 de febreiro de 2000, recurso núm. 1229/1996.

Ruiz López, Miguel Ángel (2015). *Las leyes de procedimiento administrativo y de régimen jurídico del sector público. Entre la continuidad y el cambio*. Escola Galega de Administración Pública. Pendente de publicación no momento de publicación destas liñas.

#### **Artigo 67. Solicitudes de iniciación nos procedementos de responsabilidade patrimonial**

1. Os interesados soamente poderán solicitar o inicio dun procedemento de responsabilidade patrimonial cando non prescribise o seu dereito a

*reclamar. O dereito a reclamar prescribirá ao ano de producido o feito ou o acto que motive a indemnización ou se manifeste ou seu efecto lesivo. En caso de danos de carácter físico ou psíquico ás persoas, o prazo comezarse a computar desde a curación ou a determinación do alcance das secuelas.*

*Nos casos en que proceda recoñecer dereito a indemnización por anulación en vía administrativa ou contencioso-administrativa dun acto ou disposición de carácter xeral, o dereito a reclamar prescribirá ao ano de terse notificado a resolución administrativa ou a sentenza definitiva.*

*Nos casos de responsabilidade patrimonial a que se refire o artigo 32, números 4 e 5, da Lei de réxime xurídico do sector público, o dereito a reclamar prescribirá ao ano da publicación no «Boletín Oficial del Estado» ou no «Diario Oficial de la Unión Europea», segundo o caso, da sentenza que declare a inconstitucionalidade da norma ou o seu carácter contrario ao dereito da Unión Europea.*

*2. Ademais do previsto no artigo 66, na solicitude que realicen os interesados deberanse especificar as lesións producidas, a presunta relación de causalidade entre estas e o funcionamento do servizo público, a avaliación económica da responsabilidade patrimonial, se for posible, e o momento en que a lesión efectivamente se produciu, e irá acompañada de cantas alegacións, documentos e informacións se consideren oportunos e da proposición de proba, concretando os medios de que pretenda valerse o reclamante.*

## **COMENTARIO:**

O artigo 67 da nova Lei 39/2015 aborda as solicitudes de iniciación dos procedementos de responsabilidade patrimonial. Este precepto constitúe unha das principais novidades da nova lei e o seu teor literal correspondíase co artigo 142 da Lei 30/1992.

Ademais, hai que ter en conta que, logo da aprobación da nova Lei 39/2015 e mediante a disposición derogatoria única 2.d), quedou derogado expresamente o Real decreto 429/1993, do 26 de marzo, polo que se aproba o Regulamento dos procedementos das administracións públicas en materia de responsabilidade patrimonial.



Con todo, o que é máis significativo é que, a pesar de realizar a dita derogación expresa, un nun só precepto os aspectos máis relevantes do procedemento de responsabilidade patrimonial, que antes se recollían no real decreto derogado. Deste xeito, recolle a iniciación do procedemento e a iniciación por reclamación do interesado.

Coa nova regulación operada pola lei, os anteriores procedementos especiais sobre potestade sancionadora e responsabilidade patrimonial que a Lei 30/1992 regulaba en títulos separados, agora xa se integran como especialidades do procedemento administrativo común.

Esta formulación responde a un dos obxectivos que persegue a LPACAP: a simplificación dos procedementos administrativos e a súa integración como especialidades no procedemento administrativo común, o que contribúe a aumentar a seguridade xurídica. De acordo coa sistemática seguida, os principios xerais da responsabilidade patrimonial das administracións públicas, en canto lles incumben aspectos máis orgánicos ca procedementais, regúlanse na LRXSP.

Esta medida foi criticada polo Consello de Estado que, no seu ditame sobre o anteproxecto de LPACAP, sinalou que o feito de que os orzamentos materiais do exercicio da potestade sancionadora e da responsabilidade patrimonial das administracións públicas pasen a converterse en simples regras do procedemento administrativo común fai que se dilúa a configuración xurídica de ambas as institucións. Sostén que a conversión das referidas institucións en meros procedementos administrativos supón descoñecer a verdadeira natureza daquelas e desposuílas da súa particular identidade.

A iso hai que engadir que se insiren na LPACAP numerosos preceptos procedentes do Real decreto 429/1993, do 26 de marzo, e do Real decreto 1398/1993, do 4 de agosto, polos que se aprobaban os regulamentos dos procedementos das administracións públicas en materia de responsabilidade patrimonial e para o exercicio da potestade sancionadora, respectivamente (ambos os dous derogados pola LPACAP). Esta inserción responde ao declarado

espírito compilador da LPACAP, que aspira a converterse na norma que, de forma total e única, regule o procedemento administrativo común. Iso determina que, conforme afirma o Consello de Estado, a LPACAP presente “un contido excesivamente detallado, que desborda o que en sentido propio debe ser obxecto de regulación por unha norma de rango legal que, deste xeito, ve alterada a súa vocación de norma xeral, autenticamente vertebradora do ordenamento xurídico administrativo común a todas as administracións públicas”.

Polo tanto, este procedemento queda configurado deste xeito:

1. Respecto da iniciación do procedemento de responsabilidade patrimonial

Ao contrario ca os de natureza sancionadora que, lembremos, só podían iniciarse de oficio, os procedementos de responsabilidade patrimonial poden iniciarse tanto por instancia das persoas interesadas como pola propia Administración.

A posibilidade de iniciación de oficio destes procedementos non é ningunha novidade, xa viña prevista nos artigos 4 e 5 do Real decreto 429/1993, do 26 de marzo, polo que se aprobaba o Regulamento dos procedementos das administracións públicas en materia de responsabilidade patrimonial (regulamento que, como se indicou, queda expresamente derogado).

No caso de iniciación de oficio, a lei establece que só será posible cando non prescribise o dereito á reclamación do interesado. O acordo de iniciación debe notificarse aos particulares presuntamente lesionados, e concederlles un prazo de dez días para que acheguen cantas alegacións, documentos ou información consideren conveniente ao seu dereito e propoñan cantas probas sexan pertinentes para o seu recoñecemento. O procedemento iniciado instruírase aínda que os particulares presuntamente lesionados non comparezan no prazo establecido.

Logo de realizar estes comentarios sobre a iniciación de oficio (pouco habitual na práctica), centrarémonos na forma de iniciación que máis lles interesa aos particulares e a quen os asesore xurídica-

mente: a iniciación por instancia do interesado. Esta modalidade vén regulada no artigo 67 da nova lei.

2. Respecto do prazo de prescrición do dereito para reclamar por responsabilidade patrimonial da Administración

O dereito para reclamar prescribirá ao ano de producido o feito ou o acto que motive a indemnización ou se manifeste o seu efecto lesivo. En caso de danos de carácter físico ou psíquico ás persoas, o prazo empezará a computarse desde a curación ou a determinación do alcance das secuelas.

Nos casos en que proceda recoñecer dereito a indemnización por anulación en vía administrativa ou contencioso-administrativa dun acto ou disposición de carácter xeral, o dereito para reclamar prescribirá ao ano de notificarse a resolución administrativa ou a sentenza definitiva.

Nos casos de responsabilidade patrimonial a que se refire o artigo 32 apartados 4 e 5 da Lei de réxime xurídico do sector público (pola aplicación dunha norma con rango de lei declarada inconstitucional ou pola aplicación dunha norma declarada contraria ao dereito da Unión Europea), o dereito para reclamar prescribirá ao ano da publicación no *Boletín Oficial do Estado* ou no *Diario Oficial da Unión Europea*, segundo o caso, da sentenza que declare a inconstitucionalidade da norma ou o seu carácter contrario ao dereito da Unión Europea.

3. Respecto do contido que se lle esixe a unha solicitude de iniciación dun procedemento de responsabilidade patrimonial por instancia da persoa interesada

Ademais do contido común a toda solicitude de iniciación do procedemento, na solicitude que realicen os interesados deberanse especificar as lesións producidas, a presunta relación de causalidade entre estas e o funcionamento do servizo público, a avaliación económica da responsabilidade patrimonial, se fose posible, no momento en que a lesión efectivamente se produciu, e irá acompañada de cantas alegacións, documentos e informacións se consideren oportunos e da proposición de proba. Así mesmo, concretaranse os medios de que pretenda valerse o reclamante.

**REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Ditame do Consello de Estado 275/2015 (Facenda e administracións públicas).

López Martínez, Julián (2015). *106 preguntas y respuestas sobre los aspectos más destacados de la nueva Lei 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común*. Sepin.

Moreno Serrano, Beatriz. "Procedimiento administrativo. Nuevas tecnologías. Uso de medios electrónicos en las administraciones públicas. Nuevo procedimiento administrativo: hacia una administración sin papeles", *La Administración práctica*, 12, decembro 2012.

**Artigo 68. Emenda e mellora da solicitude**

1. *Se a solicitude de iniciación non reúne os requisitos que sinala o artigo 66 e, se for o caso, os que sinala o artigo 67 ou outros exixidos pola lexislación específica aplicable, requirirase o interesado para que, nun prazo de dez días, emende a falta ou xunte os documentos preceptivos, con indicación de que, se así non o fixer, se terá por desistido da súa petición, logo de resolución que deberá ser ditada nos termos previstos no artigo 21.*

2. *Sempre que non se trate de procedementos selectivos ou de concorrencia competitiva, este prazo poderá ser ampliado prudencialmente, ata cinco días, por petición do interesado ou por iniciativa do órgano, cando a achega dos documentos requiridos presente dificultades especiais.*

3. *Nos procedementos iniciados por solicitude dos interesados, o órgano competente poderá pedir ao solicitante a modificación ou mellora voluntarias dos termos daquela. Disto levántase acta sucinta, que se incorporará ao procedemento.*

4. *Se algún dos suxeitos a que fai referencia o artigo 14.2 e 14.3 presenta a súa solicitude presencialmente, as administracións públicas requirirán o interesado para que a emende a través da súa presentación electrónica. Para estes efectos, considerarase como data de presentación da solicitude aquela en que fose realizada a emenda.*

**COMENTARIO:**

O artigo 68 intégrase dentro do título VI da Lei 39/2015, baixo a epígrafe de “Disposicións sobre o procedemento administrativo común”, e aborda o uso xeneralizado e obrigatorio de medios electrónicos nas fases de iniciación, ordenación, instrución e finalización do procedemento.

O citado precepto correspondíase co antigo 71 da anterior Lei 30/92, de feito mantén a súa redacción a excepción do último inciso 3, que é de redacción nova. O principio acuñado por este precepto é o de emenda das solicitudes, co fin de permitir unha aplicación do principio antiformalista.

A emenda actúa como garantía para os administrados por canto permite “reparar”, “remediar” certas accións ou omisións que determinan a carencia propia do acto administrativo paralelo correspondente ao cidadán interesado.

Xurisprudencia e doutrina concluíron que a “corrección” é utilizada como unha “porta de atrás” para modificar e situar o administrado nunha situación *de facto* distinta da pretendida pola propia corrección segundo o teor literal da norma.

**A) Emenda da solicitude**

Cando a solicitude do interesado non reúna os requisitos mencionados no artigo, a Administración debe comunicar a existencia de tal defecto e concederlle un prazo de dez días para emendalo.

A Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza do 16 de outubro de 2003 sinala que o dereito administrativo se decantou polo principio antiformalista ponderado que, sen mingua nin creba da legalidade, permita o desenvolvemento da actuación administrativa conforme normas e regras de celeridade e eficacia.

Se non se dá a posibilidade de emendar, a Administración, ante tal incumprimento, debe entrar a coñecer a solicitude e pronunciarse sobre o fondo dela. Imponse, polo tanto, o deber da Administración de requirir o interesado para que emende as deficiencias cando se aprecie que este non cumpre os requisitos que esixe o ordenamento en vigor.

## B) Ampliación do prazo

A lei permite, no parágrafo segundo, que se amplíe o prazo de dez días en cinco máis cando os documentos requiridos posúan dificultades especiais para a súa presentación, non aplicable aos procesos selectivos ou de concorrencia competitiva.

Os ámbitos sectoriais obxecto de análise son dous: os procedementos administrativos de contratación pública e a emenda nos procesos selectivos e concursos da función pública.

Respecto do primeiro suposto, tres son os ámbitos materiais afectos pola corrección administrativa: límite de corrección “defectos materiais”, aclaración de ofertas por parte dos licitadores e a presentación de garantías.

1) Límite de corrección e “defectos materiais”: o TAC de recursos contractuais sinalou en diversas resolucións que non cabe outorgar un segundo trámite de corrección porque deste xeito permitiríanse sen límite as correccións, cos problemas que iso levaría aparellados. Así mesmo, tamén sinala que se estaría a aceptar implicitamente a posibilidade de que as proposicións fosen modificadas de forma substancial despois de seren presentadas, e tal posibilidade é radicalmente contraria á filosofía máis íntima dos procedementos para a adxudicación de contratos públicos, por canto a participación en licitacións públicas comporta a asunción de cargas formais, sen que sexa obviada polo coñecemento extraprocedemental que o órgano de contratación poida ter de calquera información.

Con todo, debe apuntarse que tal posicionamento non foi unánime nin constante. Así se desprende do informe da Xunta consultiva de contratación estatal (XCCE) que sinala que, aínda que as formas de contratación administrativa constitúen obrigacións indeclinables e os vicios de procedemento orixinan a súa nulidade, non pode facerse un dogma xurídico de tal rixidez que a contratación administrativa se transforme nunha actuación de estilo obrigado, ata o extremo de que a máis mínima infracción ou omisión representa a inexistencia ou a nulidade absoluta e radical do contrato.

2) Aclaración de ofertas por parte dos licitadores: o licitador non pode modificar a oferta inicialmente presentada. Así, a non achega

ou o incumprimento das condicións recollidas neste apartado, a súa existencia non é emendable, pero si a súa presentación.

3) Presentación de garantías: debe reflectirse que o criterio xeral é que se poden emendar os defectos materiais da documentación presentada, sen que poida estenderse á súa omisión, aínda que foi considerado como emendable a fianza debidamente constituída no tempo e na forma oportunos, aínda que non achegada por erro.

Destacamos a Sentenza do Tribunal Supremo do 14 de setembro de 2004, que sinala que "(...) os participantes en procesos selectivos están obrigados a cumprir coas bases da convocatoria e recae sobre eles a carga de achegar a documentación nos termos que establezan as ditas bases, (...) criterios de racionalidade e proporcionalidade (...) non permiten valorar como incumprimento das repetidas bases aqueles comportamentos dos aspirantes que non respondan a unha resistencia a observalas, senón a unha razoable dúbida sobre o seu significado ou alcance".

As consecuencias do devandito FX son dúas:

- As bases de convocatoria presentan unha gran confusión.
- O principio de igualdade como garantía última do procedemento de concorrencia competitiva.

Xurisprudencia consolidada do Tribunal Supremo sentou o criterio de que non existe dereito a prazo de corrección para invocar méritos omitidos no momento procesual previamente apuntado por lei e convocatoria.

É profusa e casuística a regulación xurisprudencial e doutrinal da figura da emenda que, en todo caso, non dubida respecto do procedemento administrativo xeral ou especial que nos ocupe.

Destacamos a Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo) 4595/2014 en materia de subvencións, onde a parte recorrente considera que presentou a documentación en prazo e a Avogacía do Estado se opón á demanda sobre a base da presentación extemporánea. Con todo, a parte recorrente alega a aplicación do artigo 71 da Lei 30/1992, pero o Tribunal Supremo non o aplica e razónao establecendo que, ao ser materia de subvencións, o

que rexe é o artigo 23 da Lei xeral de subvencións que establece que, se transcorren máis de dez días sen presentar a solicitude, será requirido para que emende e, se non atende o requirimento, considerarase que desiste. Como vemos, se existe unha regulación específica da cuestión, non é de aplicación a emenda da Lei de procedemento administrativo. Ademais, hai que ter en conta que o precepto analizado regula a emenda das solicitudes de iniciación do procedemento e dispón o efecto de fin de procedemento, por desistencia, para o caso de non corrección en prazo.

Igualmente, é de destacar en materia de subvencións a Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 15 de xullo de 2015, na que dispón que a Administración debeu admitir a referida documentación de adaptación en lugar de ditar a resolución de arquivo e devolución da subvención, posto que no momento da súa presentación aínda non recaera resolución administrativa de caducidade do dereito por preclusión do termo. Este caso é peculiar porque en instancia a sentenza desestimou a reposición intentada fronte á denegación da subvención, e fíxoo sobre a base da correcta aplicación da emenda, porque se reputou acreditado que a actora non atendeu tempestivamente o requirimento de corrección que se lle formulou, cos debidos apercibimentos de considerala desistida.

### C) Mellora da solicitude

O parágrafo terceiro do artigo 68 prevé a posibilidade de lle reclamar ao solicitante a mellora ou ampliación da solicitude, o cal parece ter aplicación en solicitudes escuras ou nas cales non se poida desprender o seu verdadeiro sentido.

### **REFERENCIAS XURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo), do 5 de xuño de 2014, recurso núm. 4595/2014.

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Cotencioso-Administrativo), do 14 de setembro de 2004, recurso núm. 5653/2004.

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo), do 4 de xuño de 2002, recurso núm. 6297/1997.



Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (Sala do Contencioso-Administrativo), do 16 de outubro de 2003, recurso de apelación núm. 88/2002.

Informe 48/2002 JCC Ministerio de Economía e Facenda.

Martín Rebollo, Luis (2015). *Régimen jurídico del sector público y procedimiento administrativo común* (vixésimo quinta edición). Thomson Reuters Aranzadi.

### **Artigo 69. Declaración responsable e comunicación**

1. *Para os efectos desta lei, entenderase por declaración responsable o documento subscripto por un interesado en que este manifesta, baixo a súa responsabilidade, que cumpre cos requisitos establecidos na normativa vixente para obter o recoñecemento dun dereito ou facultade ou para o seu exercicio, que dispón da documentación que así o acredita, que a porá ao dispor da Administración cando lle sexa requirida e que se compromete a manter o cumprimento das anteriores obrigas durante o período de tempo inherente ao dito recoñecemento ou exercicio.*

*Os requisitos a que se refire o parágrafo anterior deberán estar recollidos de maneira expresa, clara e precisa na correspondente declaración responsable. As administracións poderán requirir en calquera momento que se presente a documentación que acredite o cumprimento dos mencionados requisitos e o interesado deberá entregala.*

2. *Para os efectos desta lei, entenderase por comunicación aquel documento mediante o cal os interesados poñen en coñecemento da Administración pública competente os seus datos identificativos ou calquera outro dato relevante para o inicio dunha actividade ou o exercicio dun dereito.*

3. *As declaracións responsables e as comunicacións permitirán o recoñecemento ou exercicio dun dereito ou ben o inicio dunha actividade, desde o día da súa presentación, sen prexuízo das facultades de comprobación, control e inspección que teñan atribuídas as administracións públicas.*

*Non obstante o disposto no parágrafo anterior, a comunicación poderá presentarse dentro dun prazo posterior ao inicio da actividade cando a lexislación correspondente o prevexa expresamente.*

4. *A inexactitude, falsidade ou omisión, de carácter esencial, de calquera dato ou información que se incorpore a unha declaración responsable ou a unha comunicación, ou a non presentación ante a Administración competente da declaración responsable, a documentación que sexa, segundo o caso, requirida para acreditar o cumprimento do declarado, ou a comunicación, determinará a imposibilidade de continuar co exercicio do dereito ou actividade afectada desde o momento en que se teña constancia de tales feitos, sen prexuízo das responsabilidades penais, civís ou administrativas que procedan.*

*Así mesmo, a resolución da Administración pública que declare tales circunstancias poderá determinar a obriga do interesado de restituír a situación xurídica ao momento previo ao recoñecemento ou ao exercicio do dereito ou ao inicio da actividade correspondente, así como a imposibilidade de instar un novo procedemento co mesmo obxecto durante un período de tempo determinado pola lei, todo isto conforme os termos establecidos nas normas sectoriais de aplicación.*

5. *As administracións públicas terán permanentemente publicados e actualizados modelos de declaración responsable e de comunicación, facilmente accesibles aos interesados.*

6. *Unicamente será exigible ben unha declaración responsable ben unha comunicación para iniciar unha mesma actividade ou obter o recoñecemento dun mesmo dereito ou facultade para o seu exercicio, sen que sexa posible a existencia de ambas acumulativamente.*

#### **COMENTARIO:**

O artigo 69 regula a declaración responsable e a comunicación. Este precepto correspondíase co artigo 71 bis da Lei 30/1992.

As figuras da declaración responsable e a comunicación previa foron introducidas no ordenamento xurídico español pola “Lei ómnibus”, denominación que comunmente se lle deu á Lei 25/2009, do 22 de decembro, de modificación de diversas leis para a súa adaptación á Lei sobre o libre acceso ás actividades de servizos e o seu exercicio. Así, ambas as institucións se incorporaron á Lei 30/1992 mediante a introdución do artigo 71 bis. Loxicamente, estas manté-

ñense na nova Lei de procedemento administrativo común e atopan acollida no artigo 69.

Por declaración responsable enténdese o documento subscrito por un interesado no que manifesta, baixo a súa responsabilidade, que cumpre cos requisitos establecidos na normativa vixente para obter o recoñecemento dun dereito ou está facultado para o seu exercicio, que dispón da documentación que así o acredita, que a poñerá á disposición da Administración cando lle sexa requirida e que se compromete a manter o cumprimento das anteriores obrigas durante o período de tempo inherente ao devandito recoñecemento ou exercicio.

Os requisitos aos que se refire o parágrafo anterior deberán estar recollidos de maneira expresa, clara e precisa na correspondente declaración responsable. As administracións poderán requirir en calquera momento que se achegue a documentación que acredite o cumprimento dos mencionados requisitos e a persoa interesada deberá achegala.

Por comunicación enténdese aquel documento mediante o cal os interesados poñen en coñecemento da Administración pública competente os seus datos identificativos ou calquera outro dato relevante para o inicio dunha actividade ou o exercicio dun dereito.

As declaracións responsables e as comunicacións permitirán o recoñecemento ou exercicio dun dereito ou ben o inicio dunha actividade, desde o día da súa presentación, sen prexuízo das facultades de comprobación de control e inspección que teñan atribuídas as administracións públicas (a comunicación poderá presentarse dentro dun prazo posterior ao comezo da actividade cando a lexislación correspondente o prevexa expresamente).

Unicamente será esixible ben a declaración responsable ben unha comunicación para iniciar unha mesma actividade ou obter o recoñecemento dun mesmo dereito ou facultade para o seu exercicio, sen que sexa posible a esixencia de ambas as dúas acumulativamente.

As administracións públicas terán permanentemente publicados e actualizados modelos de declaración responsable e de comunicación facilmente accesibles para os interesados.

É importante realizar unha análise dos aspectos tecnolóxicos que implican estes dous instrumentos. Polo tanto, as implicacións tecnolóxicas son as seguintes:

- Manter na sede electrónica a listaxe de códigos de identificación das unidades administrativas ou centros desa Administración.
- É complexo pensar nos diferentes casos que poden darse nos que o usuario pode presentar simultaneamente varias solicitudes. Poderían darse varias situacións, como que un usuario queira resolver varios temas diferentes coa Administración, co que o sistema debe estar habilitado para recibir unha documentación e a partir dela ser capaz de iniciar diferentes procedementos administrativos; ou podería darse o caso dun representante que presenta múltiples documentos dun mesmo procedemento (por exemplo, alta de vehículos IVTM) e deberían xerarse varias solicitudes do mesmo tipo asociadas ao mesmo representante e diferentes representados.
- É necesario gardar algún campo na información do usuario para diferenciar as persoas físicas daquelas xurídicas ou organizacións que teñen a obrigaçión de interactuar de forma electrónica.
- Hai que dispoñer en sede electrónica de modelos de declaración responsable e comunicación que a persoa interesada poida cubrir e presentar.

¿Cales son as consecuencias de falsear ou omitir unha declaración responsable ou unha comunicación?

A inexactitude, falsidade ou omisión de carácter esencial de calquera dato ou información que se incorpore a unha declaración responsable ou a unha comunicación, ou a non presentación ante a Administración competente da declaración responsable, a documentación que sexa en cada caso requirida para acreditar o cumprimento do declarado, determinará a imposibilidade de continuar co exercicio do dereito ou actividade afectada desde o momento en que se teña constancia de tales feitos, sen prexuízo das responsabilidades penais, civís ou administrativas que procedan.

Así mesmo, a resolución da Administración pública que declare tales circunstancias poderá determinar a obriga do interesado de restituír a situación xurídica ao momento previo ao recoñecemento ou ao exercicio do dereito ou ao comezo da actividade correspondente, así como a imposibilidade de instar un novo procedemento co mesmo obxecto durante un período determinado por lei. Todo iso conforme os termos establecidos nas normas sectoriais de aplicación.

En aplicación da posibilidade a que se refire o artigo 69 da Lei 39/2015, é interesante relacionalo coa Lei 12/2012, do 26 de decembro, de medidas urxentes de liberalización do comercio e de determinados servizos. A dita norma suprime a licenza municipal para abrir determinados establecementos.

Neste sentido, a citada Lei 12/2012 elimina todos os supostos de autorización ou licenza municipal previa, motivados na protección do medio ambiente, a saúde pública e a seguridade, ligados a establecementos comerciais e outros que se detallan no anexo cunha superficie de 300 metros cadrados. A eliminación afecta tamén a todas as obras ligadas ao acondicionamento destes locais que non requiran a redacción dun proxecto de obra de conformidade coa Lei 38/1999, do 5 de novembro, de ordenación da edificación. De maneira que se poderá iniciar a execución de obras e instalacións e comezar a actividade comercial coa simple presentación dunha declaración responsable ou comunicación previa, segundo o caso, na que conste que o empresario deberá cumprir cos requisitos esixidos e dispoñer dos documentos que se esixan, ademais de estar en posesión do xustificante de pagamento do tributo correspondente cando sexa preceptivo. Desta forma, o control administrativo pasará a realizarse *a posteriori* e aplicarase o réxime sancionador vixente na materia de que se trate.

Desta forma, tamén é importante relacionar o dito anteriormente co artigo 84 bis da Lei 7/1985, do 2 de abril, de bases de réxime local, que se manifesta en idéntico sentido de que a actividade non se someterá á obtención de licenza ou outro medio de control preventivo.

Tamén nesta mesma liña a Lei 27/2013, do 27 de decembro, de racionalización e sustentabilidade da Administración local. No

mesmo sentido de limitar os supostos de autorizacións previas, a Lei 20/2013, do 9 de outubro, de garantía da unidade de mercado (en especial art. 17). A unidade de mercado fundaméntase na libre circulación de bens e servizos por todo o territorio español, sen que ningunha autoridade poida obstaculizala directa ou indirectamente, e na igualdade das condicións básicas de exercicio da actividade económica. A lei é aplicable ao acceso a actividades económicas en condicións de mercado e o seu exercicio por parte de operadores legalmente establecidos en calquera lugar do territorio nacional. Así, o seu artigo 17 dispón que as autoridades poderán elixir entre unha comunicación-declaración responsable ou unha autorización, en función do interese xeral que se pretende protexer, da natureza da actividade e de se o medio de intervención se dirixe á propia actividade ou á infraestrutura física. A autorización previa é o medio máis gravoso e por iso a lei limita os motivos que poden xustificala, que han motivarse na lei que estableza o dito réxime aínda que, cando tal réxime o esixa unha norma comunitaria ou un tratado internacional, as autorizacións poderán estar previstas nunha norma de rango inferior á lei.

Considéranse motivos que posibilitan a esixencia de autorización a presenza de razóns de orde pública, seguridade, saúde pública, protección do medio ambiente e utilización de dominio público. Tamén nos casos nos que existan limitacións técnicas e cando así o dispoña a normativa da UE. Pero aínda así, deberá valorarse e xustificarse que non é posible protexer os obxectivos da lei con outros medios alternativos menos gravosos (declaración responsable e comunicación) que tamén se establecen cando, por exemplo, as autoridades precisen coñecer o número de operadores económicos, as instalacións ou as infraestruturas físicas existentes no mercado.

#### **REFERENCIAS XURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

López Martínez, Julián (2015). *106 preguntas y respuestas sobre los aspectos más destacados de la nueva Ley 39/2015, de 1 de octubre, do procedimientu administrativo común*. Sepin.

Martín Rebollo, Luís (2015). *Comentarios a la Ley 30/1992 y Ley de bases de régimen local* (vixésimo primeira edición). Editorial Thomson Reuters Aranzadi.

## CAPÍTULO III

### Ordenación do procedemento

#### **Artigo 70. Expediente administrativo**

1. Enténdese por expediente administrativo o conxunto ordenado de documentos e actuacións que serven de antecedente e fundamento á resolución administrativa, así como as dilixencias encamiñadas a executala.

2. Os expedientes terán formato electrónico e formaranse mediante a agregación ordenada de cantos documentos, probas, ditames, informes, acordos, notificacións e demais dilixencias deban integralos, así como un índice numerado de todos os documentos que conteña cando se remita. Así mesmo, deberá constar no expediente copia electrónica certificada da resolución adoptada.

3. Cando en virtude dunha norma sexa preciso remitir o expediente electrónico, farase de acordo co previsto no Esquema nacional de interoperabilidade e nas correspondentes normas técnicas de interoperabilidade, e enviarase completo, foliado, autenticado e acompañado dun índice, así mesmo autenticado, dos documentos que conteña. A autenticación do citado índice garantizará a integridade e inmutabilidade do expediente electrónico xerado desde o momento da súa sinatura e permitirá a súa recuperación sempre que sexa preciso, sendo admisible que un mesmo documento forme parte de distintos expedientes electrónicos.

4. Non formará parte do expediente administrativo a información que teña carácter auxiliar ou de apoio, como a contida en aplicacións, ficheiros e bases de datos informáticas, notas, borradores, opinións, resumos, comunicacións e informes internos ou entre órganos ou entidades administrativas, así como os xuízos de valor emitidos polas administracións públicas, salvo que se trate de informes, preceptivos e facultativos, solicitados antes da resolución administrativa que poña fin ao procedemento.

**COMENTARIO:**

O artigo 70 regula o expediente administrativo. Este precepto atopa o seu equivalente no artigo 164 ROF, que non é derogado nin pola LPACAP nin pola LRXSP, aínda que é certo que a nova lei o amplía e regula con máis precisión e engade o concepto de expediente electrónico. Cómpre ter en conta que o expediente electrónico se regulaba na LAECSP, lei que foi expresamente derogada coa LPACAP.

A implantación do novo procedemento administrativo no que se refire a trámites, formas e prazos non suporá graves disfuncións nin retencencias, nin para os particulares, nin para autoridades ou empregados públicos. Con todo, o éxito do tráfico documental electrónico pasará por unha tripla esixencia.

En primeiro lugar, a implantación de sistemas técnicos que aseguren a interoperabilidade, o que remite á necesaria coordinación entre administracións públicas (facilitada pola eventual adhesión voluntaria de comunidades autónomas e entes locais ás plataformas e rexistros da Administración do Estado, disposición adicional segunda da LPAC).

En segundo lugar, a ruptura da denominada fenda dixital, para que o cidadán se familiarice con estas técnicas de identificación electrónica, presentación de documentos electrónicos e recepción de notificacións por igual canle. En particular, prevese a figura dun asistente ou funcionario habilitado [arts. 12 e 13.b) da LPAC], para ofrecer unha cara amable e de servizo nos rexistros aos noveis no ámbito electrónico.

Tamén se necesitará acometer a correlativa formación de funcionarios, para a xestión electrónica e para a asunción dos novos criterios de procedemento. Non esquezamos que a inmensa maioría accedeu mediante probas que recollían o coñecemento doutras leis e xestión documental escrita, ao que se une que os trienios de experiencia consolidan a inercia pero non estimulan a formación nas novas claves xurídicas ou electrónicas.

Por último, o cambio da rede de procedementos, trámites e formas requirirá custos e investimentos inxentes en medios físicos, así como recursos humanos especializados.



Como mostra da interrelación a nivel de maior detalle, podemos sinalar a delimitación do obxecto do dereito de acceso mediante a definición explícita do expediente electrónico do artigo 70 da LPAC, incluíndo unha previsión que pode ser transcendental na aplicación dunha das causas de inadmisión a LTB, artigo 18.1.b), como é a relativa a atoparnos ante “información adicional ou de apoio” que, pola súa vez, se concreta no apartado 3.

Este apartado establece que non formará parte do expediente “a información de carácter auxiliar ou de apoio como a contida en aplicacións, ficheiros ou bases de datos informáticas...”.

Como elemento instrumental en garantía dunha organización con información transparente, a LRXSP recolle, entre outros contidos, as relacións interadministrativas electrónicas que, en termos de seguridade e interoperabilidade, poden facilitar o acceso á información, considerando os distintos fluxos de información existentes e, en especial, entre as entidades locais e a Administración xeral de Estado.

Como exemplo de todo iso, podería citarse a interconexión do portal de transparencia na nube coas diversas plataformas do Estado nas que se baleira información de moi diversa índole: de contratación, financeira ou orzamentaria.

Así, a implantación definitiva da Administración electrónica a través dun xestor de expedientes e un adecuado sistema de política documental serán as claves para poder ofrecer a información de forma clara, estruturada e accesible. Deste xeito tamén o afirma a exposición de motivos cando sinala que a constancia de documentos e actuacións nun arquivo electrónico facilita o cumprimento das obrigacións de transparencia, pois permite ofrecer información puntual, áxil e actualizada aos interesados.

Debemos relacionar o artigo 70 que estamos a analizar cos artigos 71 e 75 da LPACAP, para os efectos das súas implicacións tecnolóxicas. Pois ben, as implicacións tecnolóxicas destes artigos son moi relevantes, xa que non só hai que permitirlle ao cidadán interactuar electronicamente coa Administración, senón que tamén e internamente a Administración debe desenvolver os diversos

procedementos mediante expedientes electrónicos. Iso supón que a Administración realiza unha xestión da tramitación e documental completa. Por unha banda, necesítase o sistema de tramitación que se relacione co interesado e así vaia cambiando o estado do procedemento; pero é que ademais diso debe terse unha xestión documental que permita gardar e identificar correctamente toda a información e documentación que forma parte do procedemento.

É importante facer un inciso no apartado 3 do artigo 70 porque se prevé a remisión do expediente electrónico e faise fincapé na necesidade de cumprir co disposto polo esquema nacional de interoperabilidade e nas correspondentes normas técnicas de interoperabilidade.

Coa LPACAP e a LRXSP abórdase unha reforma integral da organización e funcionamento das administracións articulada en dous eixes fundamentais: a ordenación das relacións *ad extra* (das administracións coa cidadanía e empresas) e a regulación *ad intra* (do funcionamento interno de cada Administración e das relacións entre elas).

É indubidable que a imparable extensión das novas tecnoloxías na sociedade actual debe ter a súa proxección nas administracións públicas. O pasado 2 de outubro de 2015 o Consello de Ministros aprobou o Plan de transformación dixital da Administración xeral do Estado e os seus organismos públicos (Estratexia TIC 2015-2020). A estratexia TIC é un claro instrumento para a aplicación da LPACAP e da LRXSP. Exponse a transformación dixital antes de 2020: “a Administración ha de situarse na vangarda do uso de novas tecnoloxías para facer de tractor da sociedade e economía españolas. Para iso ha emprender unha transformación integral e converterse nunha Administración dixital”.

Como se afirma na memoria da análise de impacto normativo do anteproxecto da LPACAP, “esta reforma supón a consecución dunha Administración con cero papel e interconectada mediante o uso xeneralizado de medios electrónicos por parte das administracións públicas. O uso de medios electrónicos deixa de ser algo excepcional ou adicional para formar parte do normal funcionamento das Administracións pois a xestión electrónica de todos os procedementos convértese en obrigatoria”.

A novidade que supón o expediente electrónico obríganos a lembrar que o artigo 21 do ENI obriga as administracións públicas a adoptar medidas organizativas e técnicas necesarias co fin de garantir a interoperabilidade en relación coa recuperación e conservación dos documentos electrónicos ao longo da súa vida. Así, tales medidas abranguerán:

1. A definición dunha política de xestión de documentos respecto dos procedementos específicos para a xestión dos expedientes.

2. A inclusión nos expedientes dun índice electrónico asinado polo órgano ou entidade actuante.

3. A identificación única e inequívoca de cada un dos documentos que integran o expediente.

4. A asociación dos metadatos.

5. O período de conservación dos documentos, de acordo coa lexislación en vigor e as obrigacións xurídicas en cada caso.

6. A adopción de medidas para asegurar a conservación dos documentos electrónicos ao longo do seu ciclo de vida, de acordo co previsto na ENS e na LOPD, así como a inminente modificación da Directiva de protección de datos de carácter persoal

7. A finalidade da conservación é garantir a integridade, autenticidade, confidencialidade, dispoñibilidade, calidade e conservación dos documentos electrónicos.

8. A formación tecnolóxica do persoal responsable da execución e control da xestión de documentos.

9. O arquivo electrónico.

10. Finalmente, a disposición adicional primeira da ENI prevé as seguintes normas de interoperabilidade de obrigado cumprimento por parte das administracións públicas.

11. Respecto do expediente electrónico, tratará a súa estrutura e formato, así como as especificacións dos servizos de remisión e posta á disposición.

Como vemos, o artigo 70 ten diversas implicacións e conexións con outras disposicións, dada a súa importancia para o impulso dun

procedemento administrativo máis sinxelo e que incorpore as novas tecnoloxías, co fin de lograr unha maior calidade e servizo á cidadanía.

#### **REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Cobo Olvera, Tomás (2008). *El régimen jurídico de las administraciones públicas y el procedimiento administrativo común*. La Ley.

García de Enterría, Eduardo (1991). *Hacia una nueva justicia administrativa*. Editorial Civitas.

Moreno Serrano, Beatriz. “Procedimiento administrativo. Nuevas tecnologías. Uso de medios electrónicos en las administraciones públicas”. *La Administración práctica*, 12, decembro 2015.

#### **Artigo 71. Impulso**

1. O procedemento, sometido ao principio de celeridade, impulsarase de oficio en todos os seus trámites e a través de medios electrónicos, respectando os principios de transparencia e publicidade.

2. No despacho dos expedientes gardarase a orde rigorosa de incoación en asuntos de homoxénea natureza, salvo que o titular da unidade administrativa dea orde motivada en contrario, da cal quede constancia.

O incumprimento do disposto no parágrafo anterior dará lugar á existencia de responsabilidade disciplinaria do infractor e, se for o caso, será causa de remoción do posto de traballo.

3. As persoas designadas como órgano instrutor ou, se for o caso, titulares das unidades administrativas que teñan atribuída tal función serán responsables directos da tramitación do procedemento e, en especial, do cumprimento dos prazos establecidos.

#### **COMENTARIO:**

O artigo 71 regula o impulso do procedemento administrativo. Presenta como novidade o seu número 3, que se correspondía, pola súa vez, coa transcripción do artigo 14 do Regulamento de potestade sancionadora. Hai que ter en conta que a Lei 39/2015 derroga expresamente o citado regulamento, pero recolle ao longo dos seus artigos

diversos aspectos procedementais deste, co que se cobren as posibles insuficiencias da súa derogación.

É fundamental ter en conta que outra das novidades máis importantes que presenta o precepto é relacionar o impulso do procedemento cos principios de transparencia e publicidade.

Isto lévanos a formularnos se a nova Lei 39/2015 ten en conta a anterior Lei 19/2013, do 9 de decembro, de transparencia, acceso á información pública ou bo goberno. A resposta é absolutamente afirmativa e, de feito, a Lei de procedemento realiza referencias directas e claras ao principio de transparencia en xeral ou á Lei de transparencia en particular.

Un dos exemplos que nos levan a mencionar a “transparencia electrónica” é o precepto comentado relativo ao impulso do procedemento.

É obvio que a Lei 39/2015 ten en conta a Lei de transparencia e, en xeral, todo o paquete normativo dos últimos anos e, en concreto, do vinculado ao Plan CORA ( “O informe elaborado pola Comisión para a reforma das administracións públicas eficientes, transparentes e áxiles”).

Hai que ter en conta que a constancia de documentos e actuacións nun arquivo electrónico facilita o cumprimento das obrigacións de transparencia, pois permite ofrecer información puntual, áxil e actualizada ás persoas interesadas.

Polo tanto, a aprobación da Lei 39/2015 atópase conectada cos obxectivos da transparencia a través dun elemento común: a Administración electrónica.

A sinerxía normativa entre ambas as normas pode observarse desde unha dobre perspectiva: formal e material.

Formal: ao longo das dúas normas que concentran a reforma administrativa atópase a invocación á transparencia como novo principio regulador e de actuación. E iso desde un nivel organizativo e de funcionamento das administracións públicas.

Material: a vinculación prodúcese a través da conexión da Administración electrónica na Lei de transparencia na súa dobre vertente

de publicidade activa e pasiva; a activa mediante a que só se pode exercer en liña, páxina web ou sede electrónica; e a publicidade pasiva de exercicio preferentemente por vía electrónica.

Así mesmo, o Parlamento de Galicia aprobou a Lei de transparencia e bo goberno que vén substituír a Lei 4/2006, do 30 de xullo, de transparencia e de boas prácticas na Administración pública galega. Galicia súmase así a outras comunidades autónomas que aprobaron unha normativa en materia de transparencia actualizada ao contexto de actual definido pola Lei de transparencia e bo goberno.

O principio de transparencia acuñado neste precepto hai que relacionalo con outras medidas que inciden na dita transparencia, como a creación dun inventario único e público de todos os organismos e entidades vinculados ou dependentes de todas as administracións públicas. Calquera cidadán e empresa poderá coñecer que organismo e entidade existe en cada momento en calquera Administración pública, ao que se une que todos os organismos e entidades estatais deberán engadir as siglas que identifican a súa natureza xurídica. Iso contribuirá a mellorar a súa sinalización no mercado de forma clara e fácil para a súa identificación xurídica por calquera operador.

Para afondar na mellora da transparencia tamén se crea un novo rexistro estatal no que constará toda a listaxe de órganos de cooperación nos que participa a AXE, así como convenios subscritos con outras administracións ou comunidades autónomas.

Ademais, as conferencias sectoriais (principal órgano de cooperación entre o Estado e as comunidades autónomas) serán informadas sobre os proxectos normativos, cando afecten o ámbito competencial doutras administracións públicas, co obxectivo de mellorar o intercambio de información entre distintas administracións e evitar así a aparición de duplicidades. É preciso engadir que os seus acordos serán por primeira vez vinculantes.

Como vemos, e respecto do procedemento, esta lei non supón grandes novidades. E iso porque nin esta lei supón unha reforma integral que rompa radicalmente coas precedentes no que respecta ao procedemento nin o procedemento tipo que establecía a Lei

30/1992 era complexo, pois limitábase a regular fases sinxelas deste, tales como iniciación, instrución e finalización.

Así mesmo, trátase de artigos relativos ao procedemento que non iluminan unha alteración substancial do tratamento que merecen no dereito administrativo diversas institucións e figuras, tales como a motivación, a revisión ou as sancións.

As liñas estruturais ou básicas do procedemento seguen sendo, en definitiva, as mesmas, coa diferenza de que o lexislador pretende profundar na senda da Administración electrónica que iniciou coa Lei 30/1992 e continuou coa Lei 11/2007, ambas as dúas derogadas coa entrada en vigor da nova Lei 39/2015.

#### **REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Informe sobre os anteproxectos de lei que impulsan a reforma do funcionamento das administracións públicas, facenda e Administración pública.

Campos Acuña, María de la Concepción (2016). *Observatorio da transparencia. As claves da transparencia no 2016*. El consultor de los ayuntamientos, Zona Local Rev.2/2016. Artigo doutrinal da smarteca, ([www.smarteca.es](http://www.smarteca.es)).

Martin Rebollo, Luís (2015). *La nueva Ley de procedimiento administrativo común*. Editorial Civitas.

#### **Artigo 72. Concentración de trámites**

1. *De acordo co principio de simplificación administrativa, acordaranse nun só acto todos os trámites que, pola súa natureza, admitan un impulso simultáneo e non sexa obrigado o seu cumprimento sucesivo.*

2. *Ao solicitar os trámites que deban ser cumpridos por outros órganos, deberase consignar na comunicación cursada o prazo legal establecido para o efecto.*

#### **COMENTARIO:**

O artigo 72 regula a concentración de trámites no procedemento administrativo, ou o que é o mesmo, tradúcese no principio de ce-

leridade. A principal novidade que presenta este artigo é a referencia ao principio de simplificación administrativa, tan importante na nova Lei 39/2015.

A simplificación administrativa é unha obrigação inherente a calquera xestión de proceso. No caso das administracións públicas poderíamos, mesmo, indicar que se trata dun aspecto puramente identificador dun principio máis amplo, como é o de eficiencia. No momento actual, o mandato de simplificación procede de diversas fontes e responde a diversas finalidades.

As distintas normativas procedementais e organizativas das administracións públicas contiveron referencias directas a esta cuestión. Isto permítenos indicar que os chamamentos á simplificación proceden de ámbitos diferentes e responden, polo tanto, a finalidades diferentes, o que converte o obxectivo en único, aínda que a forma da súa realización e chamamento resulte, en ocasións, complexo.

As referencias á simplificación e á racionalización da actividade administrativa forman parte da nosa lexislación histórica, ben pola súa incorporación ás normas procedimentais ben pola incorporación ás normas de organización pública e como mandato para regular a actuación das administracións públicas.

A redefinición dos procedementos pode situarse no mesmo marco ca a simplificación administrativa, isto é, como unha esixencia continua do funcionamento administrativo, como unha esixencia da utilización de elementos electrónicos e, finalmente, como unha esixencia derivada da materialización do mercado de servizos.

Aínda que, como se indicou, os mandatos de simplificación e reordenación procedemental proceden de distintas fontes e grupos normativos, podemos intentar extraer algúns principios comúns ao redeseño funcional sobre a seguinte base:

#### 1. Supresión ou redución da documentación

Esta previsión está en consonancia co impulso de configurar como un dereito real e operativo do que xa estaba previsto no artigo 35 da LRX-PAC, coa finalidade de non esixir a achega de documentos que obren en poder das administracións públicas actuantes.



## 2. Redución dos prazos e tempos de resposta

Previsión que se pode unir á propia do sentido do silencio e da consideración, como estimadas da maior parte das previsións que se conteñen nas normas reguladores dos procedementos.

## 3. Racionalización das cargas de traballo e das comunicacións internas

Apúntase aquí a dúas cuestións que claramente máis poden impedir ou condicionar a actividade administrativa e, polo tanto, a regulación dos procedementos. O obxectivo de redistribución e de redimensionamento das comunicacións internas configúrase así como un principio esencial.

## 4. Redefinición das técnicas administrativas e recoñecemento mutuo de documentos

Trátase de previsións que enlazan directamente coa normativa de servizos. Así mesmo, recóllese todo un conxunto de normas en relación co recoñecemento mutuo de documentos entre as administracións territoriais e estas e as da Unión Europea.

O criterio de celeridade ao que se refire o artigo 72 da lei inspírase nos actos de ordenación do procedemento e, pola súa vez, xa viña recollido na anterior Lei de procedemento administrativo.

O principio de celeridade é unha manifestación da eficacia na actuación da Administración pública e que se manifesta no artigo 103 da CE. Neste sentido, unha Administración é eficaz cando satisfai os intereses públicos que ten encomendados e, así mesmo, actúa con celeridade cando, cos medios persoais e materiais dos que dispón, a dita satisfacción se realiza nun mínimo tempo posible. Deste xeito, a satisfacción de intereses públicos realízase en beneficio da cidadanía, así como do propio interese público.

Con todo, o principio de celeridade non só implica a satisfacción dos devanditos intereses públicos en beneficio do cidadán e nun tempo mínimo, senón que tamén esixe adoptar toda unha batería de medidas e actuacións que impidan as dilacións, atrasos, interrupcións que afecten o procedemento e as súas distintas fases. Deste xeito, procúrase a tramitación simultánea dos actos que, pola súa

natureza, o permitan, buscando a simplificación administrativa do procedemento.

Deste modo, o artigo 72 vén materializar outro dos principios fundamentais que informan o procedemento administrativo, que esixen a adopción de medidas de economía procesual, para evitar que o cumprimento dos distintos trámites poida alongar indebidamente a duración do procedemento.

A Administración debe acordar nun só acto todos os trámites que admitan un impulso simultáneo e non sexa obrigado o seu cumprimento sucesivo. É dicir, o impulso simultáneo de trámites non se poderá efectuar cando, para a realización dun, sexa necesario un previo esgotamento dun que precede.

Neste sentido e a título de exemplo, cabe destacar que a tramitación simultánea da fase de proba e a remisión da documentación ao Consello Consultivo de Galicia, nos expedientes de responsabilidade patrimonial, non é posible, pois a finalización do primeiro é necesario para a posterior remisión ao Consello Consultivo.

É precisamente a este propósito ao que responden preceptos como o 47 da lei ao sinalar prazos máximos de tramitación de procedemento; o artigo 68, relativo ao prazo de dez días dos interesados para corrixir defectos das solicitudes; o artigo 74, que prevé que as cuestións incidentais non suspenden a tramitación do procedemento, mesmo cando se formula a nulidade de actuacións.

Os principios de economía, simplificación e celeridade son moi recorrentes na nosa xurisprudencia, e así destacamos a Sentenza do Tribunal Supremo do 28 de marzo de 1989, que dispón que, en xeral, o procedemento administrativo aspira a asegurar o acerto das decisións da Administración desde o punto de vista do interese público e, ao mesmo tempo, garantir o respecto aos dereitos dos administrados.

Á fin e ao cabo non esquezamos que a Administración procura en todo momento a harmonización entre o interese público e privado.

Derivado de todo o exposto anteriormente, cabe concluír que o procedemento administrativo aparece inspirado nos principios de eficacia, economía e celeridade, que dan lugar a que, cando aparecen

defectos que sexan emendables, se deba facer un requirimento ao solicitante coa finalidade de que corrixa os vicios observados.

Esta consecuencia aparece explicitamente no noso dereito positivo tanto para o procedemento administrativo xeral (art. 54 e 68 da Lei 39/2015), como para o outorgamento das licenzas municipais (art. 9.1.4 do Regulamento de servizos).

2. Respecto do parágrafo segundo deste precepto, fai referencia aos trámites que deben ser cumpridos por outros órganos.

En xeral, na tramitación do procedemento é moi usual que sexa necesario solicitar a intervención doutros órganos administrativos, preceptiva ou facultativamente, e mesmo doutras administracións públicas, e cuxo resultado se acabe reflectindo no expediente administrativo e, polo tanto, deba ser tido en conta para a adopción da resolución que proceda.

Ademais, neste sentido é preciso relacionar este apartado co artigo 80.2 da Lei 39/2015.

En xeral, a nova lei estrutura o procedemento en cinco fases diferentes: iniciación, ordenación, instrución, finalización e execución.

Por iso, a ordenación do procedemento en si mesma carece de substantividade propia para constituír un trámite diferenciado do procedemento. Esta mesma afirmación sostena González Pérez cando afirma que a instrución se configura como unha fase do procedemento, do concepto de ordenación despréndese que é imposible regular unha fase do procedemento en que esta teña lugar, porque a ordenación, pola súa propia natureza, ten lugar desde o momento en que se inicia o procedemento ata que termina.

#### **REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo), do 28 de marzo de 1989, recurso de apelación núm. 2231/1989.

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala de Contencioso-Administrativo), de decembro de 1982, recurso núm. 1538/1982.

“Simplificación administrativa”, artigo doutrinal de Aranzadi, doc. 2010/199.

Ayala Muñoz, José María; García Gómez de Mercado, Francisco; Gutiérrez Delgado, José Manuel; Moedeiro Montero de Espinosa, José Ignacio; Rivero González, Manuel; Veiga Labella, José Ignacio (2008). *Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo*. Thomson Aranzadi, SA.

### **Artigo 73. Cumprimento de trámites**

1. *Os trámites que deban ser cumpridos polos interesados deberanse realizar no prazo de dez días a partir do seguinte ao da notificación do correspondente acto, salvo no caso de que na norma correspondente se fixe un prazo distinto.*

2. *En calquera momento do procedemento, cando a Administración considere que algún dos actos dos interesados non reúne os requisitos necesarios, porao en coñecemento do seu autor e concederalle un prazo de dez días para cumprilo.*

3. *Os interesados que non cumpran o disposto nos números anteriores poderanse declarar decaídos no seu dereito ao trámite correspondente. Non obstante, admitirase a actuación do interesado e producirá os seus efectos legais, se se producir antes ou dentro do día en que se notifique a resolución en que se teña por transcorrido o prazo.*

#### **COMENTARIO:**

O artigo 73 regula o cumprimento de trámites e correspóndese co antigo artigo 76 da anterior Lei 30/1992. Os artigos anteriores facían referencia á actuación do órgano administrativo e a LPACAP refírese a continuación da actividade dos interesados. Ademais, hai que ter en conta que este precepto é unha clara manifestación do principio de celeridade.

A ordenación do procedemento require non só unha actividade da propia Administración senón que, en moitas ocasións, esixe tamén a colaboración das persoas interesadas nas súas distintas fases. A actividade que recae sobre o interesado ten a finalidade de lle

achegar á Administración a información que é necesaria para que a resolución que poida adoptarse sexa xusta, isto é, que cumpra coa legalidade e que sexa axustada aos fins do procedemento onde recae.

Con todo, e como o procedemento se impulsa de oficio en todos os seus trámites, o conxunto de cargas que recaen sobre a persoa interesada non poden cumprirse á súa vontade, senón que é á Administración a quen corresponde.

En segundo lugar e respecto do prazo, a lei fixa, con carácter xeral, o prazo de dez días para que os interesados cumpran os trámites para os que fosen requiridos. O cómputo deste prazo realízase na forma fixada pola LPACAP, a partir da notificación, sempre que esta non sexa defectuosa, pois en tal caso o prazo iníciase desde que aquela se faga en forma ou, de ser o caso, desde que o interesado realice actuacións que supoñan o coñecemento do contido da resolución.

Con todo, poden citarse outros prazos:

- A redución destes no procedemento de urxencia.
- A ampliación de prazos.
- Un prazo distinto fixado por unha norma.

Con relación ao incumprimento dos prazos respecto dos dereitos materiais, cabe citar a SSTS do 21 de febreiro de 1997, relator Xiol Rios, que afirma que os prazos establecidos para a realización de trámites no curso do procedemento administrativo non poden ser considerados como prazos de caducidade dos dereitos nin de prescrición das accións. Nin sequera poden atribuírse aos prazos sinalados para a realización de actos durante a tramitación administrativa efectos preclusivos se non o esixe a natureza do prazo ou concorren circunstancias que obriguen a darlle ao particular a oportunidade de emendar os defectos ou omisións padecidos.

En terceiro lugar e respecto da corrección de defectos, hai que ter en conta que a LPACAP se inspira no antiformalismo e, en consecuencia, a nova lei prevé que, se algún dos actos realizados polos interesados non reúne os requisitos necesarios, o poñerá en coñecemento do seu autor e lle concederá un prazo de dez días para cumprilo.

Non obstante, cómpre ter en conta e así o confirman doutrina e xurisprudencia, que os requisitos que se poden emendar son fundamentalmente de natureza formal e non materiais.

Deste xeito, a corrección non pode referirse a requisitos de fondo, porque tales cuestións deben ser valoradas e decididas no momento da resolución. Un pronunciamento da Administración con anterioridade á fase de terminación do expediente sobre o incorrecto do fondo da actuación do interesado supoñería prexulgar a resolución definitiva.

González Pérez admite que poidan ser emendados todos, tanto os de forma como os de fondo, porque considera que a lei non impón restrición ningunha. Trátase dun deber da Administración e non dunha facultade que require dun xuízo da Administración sobre o cumprimento dos requisitos dos actos realizados polas persoas interesadas.

Como se trata dun deber da Administración, se esta non insta corrección, tampouco poderá ditar resolución desestimatoria precisamente nos devanditos defectos. Así o declarou a xurisprudencia en reiteradas ocasións [SSTS do 23 de xaneiro de 1990 e 11 de febreiro de 1983].

A posta en coñecemento dos defectos e a concesión do prazo ao interesado para a súa corrección debe realizarse nun só trámite por aplicación do criterio de celeridade ao permitir unha execución simultánea.

En cuarto lugar e respecto das consecuencias do incumprimento, como o procedemento se impulsa de oficio, a inactividade do interesado ten importantes consecuencias. Se non cumpre os trámites ou emenda os defectos no prazo fixado pola Administración, esta poderá declaralo decaído no seu dereito ao trámite.

Advértase que se utiliza o termo poderá, xa que se o trámite está incumplido pero non é indispensable para ditar resolución, a Administración está obrigada a continuar o procedemento. Por iso é polo que só podemos entender por trámites indispensables aqueles que pola súa propia natureza impiden continuar o procedemento.

Con todo, os efectos serán distintos segundo o procedemento se inicie por instancia do particular ou de oficio. Se o procedemento se iniciou por instancia do particular e este non cumpre os trámites interesados pola Administración, unha vez cumpridos os prazos fixados, prodúcese a paralización do procedemento por causa imputable a el. Iso trae como consecuencias as seguintes:

- Na fase de iniciación, se non se emenda o defecto da solicitude, procédese ao arquivo.
- Noutra fase, prodúcese a caducidade e o arquivo.

Se o procedemento se iniciou de oficio, e ante o silencio da lei respecto disto, o máis adecuado é a declaración do arquivo provisional das actuacións. Así a Sentenza do Tribunal Supremo do 23 de marzo de 2004 establece que, se o interesado é requirido para corrixir os vicios que poida ter un acto que deba realizar con ocasión dun trámite que debe cumprir durante un procedemento xa iniciado e non o fai, será considerado decaído no seu dereito ao trámite.

A lei tamén permite, sempre que o trámite non sexa indispensable, que o interesado poida cumprir antes ou dentro do mesmo día en que se lle notifique a resolución na que se considere transcorrido o prazo e simultaneamente decaído no seu dereito.

Na práctica, con isto alórganse os prazos contidos no precepto, posto que, entre a finalización daqueles e a notificación da indicada resolución poden transcorrer moitos máis días ca os concedidos inicialmente.

Este espazo temporal, en definitiva, pode dar pé a que se produzan dilacións na tramitación do procedemento por parte da Administración, que sempre serían escusables ao ter a súa causa na propia inactividade do interesado, burlándose, neste sentido, o principio do impulso de oficio.

A LPACAP non establece unha regulación unitaria da enteira totalidade da actividade procedemental administrativa, senón que unicamente fixa as institucións procedementais utilizables polas ordenacións dos distintos e concretos procedementos nas distintas materias, e segundo as competencias das distintas administracións

públicas. Así pois, e conforme esixe o artigo 149.1.18 CE, a lei establece o procedemento administrativo común aplicable á Administración xeral do Estado, ás administracións das comunidades autónomas e ás administracións das entidades locais.

Desta maneira, e conforme a idea tradicional de concibir o procedemento administrativo como unha vía necesaria para a acción eficaz externa da Administración pública e, ao mesmo tempo, escenario para a participación e defensa das persoas interesadas, a LRX-PAC establece un conxunto de instrumentos que xiran, efectivamente, sobre a oficialidade e celeridade que lle corresponde á Administración pública e, doutra parte, a garantía dos dereitos e intereses dos particulares.

Así, e de acordo co dobre carácter público e privado dos obxectivos do procedemento, a LPACAP prevé que os procedementos poderán iniciarse de oficio ou por solicitude de persoa interesada.

Non obstante, e unha vez incoado o procedemento, o seu desenvolvemento vén claramente marcado polo principio de oficialidade e o complementario de celeridade, segundo acreditan os seguintes exemplos: i) se a solicitude de iniciación non reúne os requisitos, a Administración requirirá o interesado para que, nun prazo de dez días, emende a falta; ii) iniciado o procedemento, o órgano administrativo poderá adoptar, de oficio ou por instancia de parte, as medidas provisionais que estime oportunas para asegurar a eficacia da resolución que puidese recaer; iii) o órgano administrativo que inicie ou tramite un procedemento poderá dispoñer a súa acumulación a outros cos que garde identidade substancial ou íntima conexión; iv) o procedemento, sometido ao criterio de celeridade, impulsárase de oficio en todos os seus trámites; v) os actos de instrución necesarios para a determinación, coñecemento e comprobación dos datos de acordo cos cales deba pronunciarse a resolución realizáralos de oficio o órgano que tramite o procedemento.

#### **REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 6.<sup>a</sup>), do 23 de marzo de 2004, recurso núm. 7847/1999.



Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo), do 21 de febreiro de 1997, recurso núm. 1198/1997.

“Procedemento administrativo: ordenación do procedemento (doc. 2010/132)”, Aranzadi

González Pérez, J. (1998). *Comentarios a la Ley de procedimiento administrativo*. Editorial Civitas.

### **Artigo 74. Cuestións incidentais**

*As cuestións incidentais que se susciten no procedemento, mesmo as que se refiran á nulidade de actuacións, non suspenderán a súa tramitación, salvo a recusación.*

#### **COMENTARIO:**

O artigo 74 regula as cuestións incidentais e o seu teor literal correspondíase co artigo 77 da LRX-PAC; de feito o precepto permanece invariable.

O primeiro que debemos destacar é que a lei non dá un concepto do que debe entenderse por cuestión incidental, cuxa definición e supostos foron elaborados, esencialmente, no ámbito dos procesos xudiciais. De feito, a Lei 1/2000, do 7 de xaneiro, de axuízamento civil, defínese no seu artigo 387 como as que “sendo distintas ás que constitúan o obxecto do principal do proceso gardan con este relación inmediata, así como as que se susciten respecto de presupostos e requisitos procesuais de influencia no proceso”.

É por iso polo que debemos citar a Parada Vázquez, que sinala que as cuestións incidentais son un concepto traído desde o proceso civil no que si que existía unha regulación.

Do mesmo xeito, cabe citar a Olivera Massó, que define as cuestións incidentais como aquel procedemento administrativo especial que se tramita para resolver controversias distintas daquelas que constitúen o obxecto do procedemento principal e que teñen por finalidade decidir se concorren os orzamentos obxectivos (cuestións novas), subxectivos (capacidade ou lexitimación) e formais (normas procedementais) do procedemento principal.

Desta maneira atopámonos con que a LPACAP non define as cuestións incidentais, pero é completamente aplicable a definición contida na LAC. Así, no ámbito administrativo definimos as cuestións incidentais como aquelas circunstancias de natureza subxectiva, obxectiva ou formal que xorden durante a tramitación dun procedemento administrativo en conexión co obxecto deste e que esixen un pronunciamento específico do órgano administrativo.

Respecto das clases, debemos ter en conta que a lei non establece unha clasificación das cuestións incidentais. Con todo, existen casos nos que si as denomina, como a de nulidade de actuacións e a recusación, pero neste caso podemos clasificalas da seguinte maneira:

1. Por razón do suxeito: poden existir incidentes que afectan a capacidade xurídica e de obrar dos interesados, tendo en conta que estes poden ser persoas físicas ou xurídicas. Por outro lado, na Administración tamén se poden producir situacións de supresión ou modificación desta ou doutro órgano da Administración.

2. Por razón do procedemento: pódense suscitar incidentes coa finalidade de determinar o tipo de procedemento polo que teña que tramitarse a pretensión. Pénsese no caso dun cambio ou modificación de normativa procedemental que afecte a un procedemento en curso o réxime transitorio aplicable a este.

3. Por razón da competencia: todas aquelas cuestións nas que se examina a propia competencia do órgano en cuestión.

4. Por razón do obxecto: as cuestións relativas ás pretensións dos interesados.

Respecto da substanciación das cuestións incidentais, aquí é onde manifestan a súa diferenza respecto das estudadas na LAC, xa que esta norma diferencia entre a substanciación das cuestións de especial e de previo pronunciamento. Mentres que as primeiras esixen que sexan resoltas separadamente na sentenza antes de resolver o obxecto principal, as segundas suspenden o curso do procedemento ata que sexan resoltas, sempre que supoñan un obstáculo á súa continuación.

Chama a atención a brevidade con que a LPACAP regula as cuestións incidentais; con todo, podemos establecer algunhas regras básicas sobre elas:

A- Respecto da súa formulación, as cuestións incidentais só se poden expor durante a substanciación do procedemento. Así se desprende expresamente do precepto. Por iso non se poden expor cuestións antes da iniciación do procedemento nin despois da súa finalización (onde só caben os recursos previstos na lei).

B- Respecto da súa substanciación, esta non suspende a súa tramitación, como unha manifestación do principio de celeridade e eficacia que rexe en todo o procedemento administrativo. No caso de que o órgano acorde a paralización, os interesados poderán poñer de manifesto a dita circunstancia como un defecto na tramitación do procedemento (exceptúase desta regra a recusación, que si paraliza o procedemento).

C- Respecto da tramitación, a LPACAP non realiza pronunciamiento ningún. Por iso nada impide que se substancien no mesmo procedemento principal ou noutro distinto. No caso de que se expoña de forma autónoma, enténdese que xorde un novo procedemento cuxa tramitación ten que axustarse ás disposicións da propia lei e, polo tanto, concluír mediante unha resolución distinta á que puidese adoptarse no principal.

D- Respecto da súa resolución, as cuestións incidentais deben ser resoltas polo propio órgano administrativo que tramita o procedemento. Se se suscitan na fase de execución e existise unha encomenda de xestión (con órganos da mesma ou distinta Administración), as cuestións deben ser resoltas polo encomendante e non polo encomendado.

E- Por último, as cuestións incidentais incorpóranse ao obxecto do proceso, tanto por iniciativa do órgano administrativo como por instancia do propio interesado.

Finalmente e para completar o estudo das cuestións incidentais, é interesante establecer a súa estrutura xeral:

1. Iniciación de oficio ou por instancia da parte interesada.

2. As expostas de oficio poden selo antes da resolución e, se se expoñen con posterioridade ao trámite de audiencia, deberase abrir de novo o devandito trámite.

3. O órgano que tramite as cuestións incidentais deberá acordar discrecionalmente a apertura ou non dunha peza separada. Con todo, hai que ter en conta que esta podería causar importante atrasos ou mesmo a paralización do procedemento.

4. Se existen problemas probatorios, debería formalizarse a correspondente instrución con trámite de audiencia antes de resolver a cuestión incidental.

5. Unha vez resolto o incidente, este é executivo e susceptible de recurso ordinario.

A título de exemplo podemos citar a Sentenza do Tribunal Supremo, Sala 3.<sup>a</sup> do Contencioso-Administrativo, do 5 de outubro de 2004, en recurso núm. 4660/1999, en relación cunha sanción tributaria e a suspensión da executividade. Reclámase contra a sentenza que estima parcialmente o recurso interposto contra a resolución desestimatoria da cuestión incidental e pola que o órgano administrativo denegou a suspensión solicitada; anula e deixa sen efecto a resolución impugnada en canto á esixencia de garantías para a suspensión das sancións que integran a débeda tributaria por ser contraria a dereito. A solución que se mantén e se arbitra nesta sentenza (e na de instancia) é a de “non executividade das sancións en materia tributaria mentres non sexan firmes en vía administrativa –é dicir, mentres non se dite a pertinente resolución xurisdiccional– e, polo tanto, a innecesiedade de afianzar o seu importe, pois non hai nada que suspender”. Non se fai lugar ao recurso contencioso-administrativo.

Tamén a Sentenza do Tribunal Supremo, Sala 3.<sup>a</sup> do Contencioso-Administrativo, do 9 de febreiro de 2005, en recurso núm. 1176/2001, relativo a unha indefensión por nulidade de actuacións. Alegábase infracción do artigo 59 da LXCA 1998, quebrantamento das formas esenciais do xuízo causante de indefensión. Procede casar a sentenza recorrida e, tal como ordena o artigo 95.1.b) da LXCA 1998, mandar repoñer as actuacións ao estado e momento en que se

incoreu na falta, é dicir, ao momento inmediatamente anterior ao de ditar o auto no que se resolvía a cuestión incidental, co fin de que a sala lle requira expresamente á parte recorrente a posibilidade de emendar o defecto controvertido no termo de dez días. Estímase o recurso de casación.

#### **REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 3.<sup>a</sup>), do 5 de outubro de 2004, recurso de casación núm. 4660/1999.

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 3.<sup>a</sup>), do 9 de febreiro de 2005, recurso de casación núm. 1176/2001.

Parada Vázquez (1993). *Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común*. Madrid.

Olivera Massó (1995). *Estudios y comentarios sobre la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas*. Civitas.

## **CAPÍTULO IV**

### **Instrución do procedemento**

#### **SECCIÓN 1.<sup>a</sup>**

#### **Disposicións xerais**

#### **Artigo 75. Actos de instrución**

1. Os actos de instrución necesarios para a determinación, coñecemento e comprobación dos feitos en virtude dos cales se deba pronunciar a resolución serán realizados de oficio e a través de medios electrónicos polo órgano que tramite o procedemento, sen prexuízo do dereito dos interesados a propor aquelas actuacións que requiran a súa intervención ou constituían trámites legal ou regulamentariamente establecidos.

2. As aplicacións e os sistemas de información utilizados para a instrución dos procedementos deberán garantir o control dos tempos e prazos, a identificación dos órganos responsables e a tramitación ordenada dos

*expedientes, así como facilitar a simplificación e a publicidade dos procedementos.*

*3. Os actos de instrución que requiran a intervención dos interesados deberanse practicar na forma que resulte máis conveniente para eles e sexa compatible, na medida do posible, coas súas obrigas laborais ou profesionais.*

*4. En calquera caso, o órgano instructor adoptará as medidas necesarias para lograr o pleno respecto aos principios de contradición e de igualdade dos interesados no procedemento.*

#### **COMENTARIO:**

Dentro das fases do procedemento administrativo, a instrución ten como misión fundamental a de lle ofrecer ao órgano encargado do coñecemento dun determinado expediente os datos necesarios para se poder pronunciar sobre todas as cuestións suscitadas nel.

Se no inicio do procedemento administrativo o principio de actuación de oficio marca este, ocorre o mesmo na fase de instrución. A súa importancia deriva da obriga da Administración de resolver as cuestións que formulen os cidadáns ante esta e de garantir a plena eficacia do principio de eficiencia e servizo que debe primar en todo actuar administrativo.

Non obstante, o principio de oficialidade non implica que os interesados non teñan a posibilidade de propor as actuacións que consideren oportunas para a defensa dos seus dereitos e intereses, sen que isto implique de forma necesaria nin obrigatoria que a Administración teña que as aceptar.

En todo caso, a negativa da Administración a desenvolver actuacións que propoñan os interesados debe motivarse, xa que esa negativa é susceptible de xerar indefensión.

Na Sentenza do Tribunal Constitucional do 23 de marzo de 2009, indícase que para que poida apreciarse que na instrución do procedemento sancionador se produce a lesión dos dereitos de defensa e a utilización dos medios de proba (artigo 24 da Constitución española) é necesario que as irregularidades ou omisións procedementais

supoñan para o demandante unha efectiva indefensión. Para isto hai que “ter en conta que a garantía constitucional contida no artigo 24.2 unicamente cobre aqueles supostos nos que a proba é decisiva en termos de defensa, posto que de practicarse a proba omitida ou se se practicou correctamente a admitida a resolución final do proceso pode ser distinta no sentido de ser favorable a quen denuncia a infracción do dereito fundamental. En concreto, para que se produza unha violación do indicado dereito fundamental, este tribunal esixiu reiteradamente que concorran dúas circunstancias: por unha banda, a denegación ou non execución han de ser imputables ao órgano xudicial e, por outra, a proba denegada ou non practicada ha de ser decisiva en termos de defensa, e o recorrente ha de xustificar na súa demanda a indefensión sufrida”.

Esta última esixencia de acreditación da relevancia da proba denegada proxéctase, segundo a nosa xurisprudencia, tamén nun dobre plano: por unha banda, o recorrente ha de demostrar a relación entre os feitos que se quixeron e non se puideron probar e as probas non admitidas ou non practicadas e, doutra banda, ha de argumentar o modo en que a admisión e a práctica da proba obxecto da controversia poderían ter unha incidencia favorable á estimación das súas pretensións; e só en tal caso –unha vez comprobado que a sentenza do procedemento administrativo podería ser outra se a proba se practicase– se poderá apreciar tamén o menoscabo efectivo do dereito de defensa. Así o manifestou o Tribunal Constitucional, entre outras, nas sentenzas do 7 de maio de 2007 (fundamento xurídico terceiro), do 12 de febreiro de 2007 e do 181/2009 (fundamento de dereito sexto).

Doutra banda, a obriga de tramitar a través de medios electrónicos, establecida no número 1 deste artigo, e os requisitos que deben reunir as aplicación e sistemas informáticos empregados para a instrución do procedemento (número 2) son as novidades mais relevantes nesta materia. Este artigo debe poñerse en relación co Esquema nacional de interoperabilidade, regulado polo Real decreto 4/2010, do 8 de xaneiro, que establece o conxunto de criterios e recomendacións que deberán ter en conta as administración públicas para a toma de decisións tecnolóxicas que garantan a interoperabilidade.

O Esquema nacional de interoperabilidade persegue os obxectivos seguintes:

- Establecer os criterios que deberán ter en conta as administración públicas para a toma de decisións tecnolóxicas que permitan o exercicio de dereitos e o cumprimento de deberes a través do acceso electrónico aos servizos públicos.
- Introducir os elementos comúns que han de guiar a actuación das administracións públicas en materia de interoperabilidade.
- Achegar unha linguaxe común para facilitar a interacción das administración públicas.

Doutra banda, o Esquema nacional de interoperabilidade introduce os seguintes elementos principais:

- A interoperabilidade organizativa: inclúe os aspectos relativos á publicación de servizos a través da Rede de comunicacións das administracións públicas.
- A interoperabilidade semántica: a través da publicación e aplicación dos modelos de datos de intercambio horizontais e sectoriais, así como os relativos a infraestruturas, servizos e ferramentas comúns.
- A interoperabilidade técnica: a través do uso de estándares nas condicións previstas na normativa para garantir a independencia na elección, a adaptabilidade ao progreso e a non discriminación dos cidadáns por razón da súa elección tecnolóxica.
- A utilización, preferentemente, da Rede de comunicacións das administracións públicas españolas para comunicarse entre si.
- A reutilización: inclúe as condicións de licenza das aplicacións, da documentación asociada e doutros obxectos de información que as administracións públicas poñan á disposición doutras administracións e dos cidadáns; ligazón entre os directorios de aplicacións reutilizables e consulta por parte das administracións públicas das solucións dispoñibles para a súa libre reutilización.
- A interoperabilidade da sinatura electrónica e dos certificados.



- A recuperación e a conservación do documento electrónico.

En canto á esixencia de que as actuacións que requiran intervención dos interesados sexan compatibles coas obrigas laborais, non pode tomarse como unha mera recomendación, sobre todo coa nova lei, e se temos en conta que os medios electrónicos que obriga a utilizar facilitan a comunicación telemática, a remisión de documentación, o acceso a documentos, etc.

Neste sentido, a Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Andalucía do 28 de xullo de 2014 considerou acreditada, a pesar de existir un trámite formal de alegacións, a falta de coñecemento do actuado por parte do interesado pola súa imposibilidade de acceder ao expediente, o que lle xerou indefensión. O tribunal considerou que ese traslado do expediente estaba ao alcance da Administración, e dentro das súas posibilidades, sen que supuxese unha carga ou actuación gravosa. Ademais, a Administración non indica razón ningunha que xustifique o non traslado do expediente ao interesado, xa que no caso concreto da Administración esixiulle a un cidadán o desprazamento a unha cidade que se atopa a máis de cen de quilómetros do seu domicilio para poder formular alegacións, en lugar de enviarlle unha copia do expediente (en papel ou dixitalizada), o que se considerou contrario ao establecido na lei do procedemento sobre a compatibilidade da instrución coas actividades profesionais e, de feito, é limitativo do principio de audiencia, que é unha manifestación do principio recollido no artigo 105 da Constitución española. A consecuencia desta indefensión que impediu a presentación de alegacións foi a anulación da resolución recorrida e a retroacción do procedemento ao momento en que o recorrente puido formular alegacións.

Finalmente, o número 4 deste artigo obriga a respectar os principios de contradición e igualdade en todo o procedemento ou, dito doutro xeito, en todos e cada un dos seus trámites: posibilidade de formular alegacións, participación nas probas, acceso á documentación, audiencia, etc., polo que é preferible analizar a súa aplicación específica a cada trámite, tal e como se fai no comentario dos artigos seguintes.

**REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Sentenza do Tribunal Constitucional do 23 de marzo de 2009, recurso de amparo núm. 4574/2007.

Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Andalucía (Sala do Contencioso-Administrativo), do 28 de xullo de 2014, recurso contencioso-administrativo núm. 639/2009.

**Artigo 76. Alegacións**

1. Os interesados poderán, en calquera momento do procedemento anterior ao trámite de audiencia, aducir alegacións e presentar documentos ou outros elementos de xuízo.

Uns e outros serán tidos en conta polo órgano competente ao redactar a correspondente proposta de resolución.

2. En todo momento poderán os interesados alegar os defectos de tramitación e, en especial, os que supoñan paralización, infracción dos prazos preceptivamente sinalados ou a omisión de trámites que poden ser emendados antes da resolución definitiva do asunto. Estas alegacións poderán dar lugar, se houber razóns para isto, á exixencia da correspondente responsabilidade disciplinaria.

**COMENTARIO:**

A presentación de alegacións configúrase na lei como un dereito que non só aparece no citado artigo 76, senón que ten una expresión xenérica derivada do artigo 53 (“Dereitos do interesado no procedemento administrativo”) e constitúe o desenvolvemento das previsións establecidas no artigo 105 da Constitución española.

Por tal razón, a xurisprudencia ten unha clara tendencia *pro actione* no sentido de que admite a presentación de alegacións para evitar indefensión aos interesados no procedemento.

Así, podemos destacar a Sentenza do Tribunal Supremo do 9 de xullo de 2012, relativa á achega de documentación para a acreditación de méritos nun proceso selectivo feita pola demandante unha vez transcorrido o prazo de presentación de solicitudes. Neste supos-

to, o tribunal analizou o disposto na base cuarta da convocatoria, que establece que “os méritos que ha valorar a Comisión de Selección, para os efectos de determinar a puntuación na fase de concurso, serán os alegados, acreditados documentalmente e autobareados polas persoas aspirantes durante o prazo de presentación de solicitudes” e tamén sinala que “non se tomarán en consideración os alegados con posterioridade á finalización do dito prazo, nin aqueles méritos non autobareados polos aspirantes”.

A partir desta última determinación, destácase que nesa relación dos méritos que se teñen que tomar en consideración non se inclúen os acreditados con posterioridade á finalización do prazo de presentación de solicitudes, pero si os que ata entón foran alegados ou autobareados. A esta diferenza de tratamento ha de atopárselle un fundamento que non pode ser outro ca este artigo 76.1 que, como disposición común a todo tipo de procedemento administrativo, establece que “os interesados poderán, en calquera momento do procedemento anterior ao trámite de audiencia, aducir alegacións e achegar documentos ou outros elementos de xuízo”. Esta posibilidade de achega posterior non ten necesariamente que quedar supeditada á existencia dun previo requirimento de corrección por parte da Administración, senón que pode ser a propia iniciativa do interesado, como ocorreu neste suposto. En sentido contrario, aqueles méritos nin alegados nin autobareados merecen un tratamento diferente, que é a de non telos en consideración.

Polo tanto, o artigo 76 establece que unicamente se poderán presentar alegacións antes da finalización do trámite de audiencia. Non obstante, está pacificamente admitida pola xurisprudencia a posibilidade de efectuar alegacións unha vez concluído o trámite de audiencia e antes de que o órgano competente dite a resolución se aparecen novos feitos que se deban ter en conta e que inflúan de forma decisiva na resolución, xa que unha interpretación literal do precepto podería dar lugar á indefensión do interesado.

Doutra banda, polo seu carácter básico, esta norma será de aplicación directa naqueles procedementos nos que a regulación específica ou sectorial non estableza un trámite específico para estes efectos.

En relación con esta cuestión, a Sentenza do Tribunal Supremo do 28 de xaneiro de 2016 sinala que estas previsións xerais do procedemento común deben adaptarse ás características propias dos procedementos especiais, como é o caso que nos ocupa, no que nin a lei específica nin o regulamento que o desenvolve prevén un trámite específico de alegacións polo que os interesados poidan presentar aqueles escritos de alegacións que estimen procedente. Dito doutro xeito, a ausencia específica de previsión por parte dunha norma que regula un procedemento concreto de ningún modo pode interpretarse no sentido de que non existe tal posibilidade, ben sexa polo carácter básico da Lei 39/2015 ou pola aplicación directa do artigo 105 da Constitución española.

Neste mesmo sentido, o Tribunal Constitucional xa sinalou que a falta de referencia á audiencia de terceiros interesados pode estimarse que vulnera o artigo 105 c) da CE, precepto constitucional que garante o dereito de audiencia destes. E, sen prexuízo de sinalar que non hai previsión ningunha que contradiga expresamente o citado precepto constitucional, co que se trataría dunha posible inconstitucionalidade por omisión, o certo é que non cabe interpretar o silencio da norma como sinónimo de exclusión, xa que a regulación legal que se cuestiona en nada obsta para a aplicación das previsións contidas na regulación xeral en materia de procedemento administrativo (Sentenza do Tribunal Constitucional do 28 de setembro de 2011).

Noutra orde de consideracións, o efecto que se deriva de toda alegación efectuada é a necesidade de que esta se teña en conta á hora de ditar a correspondente resolución, aspecto este que nada ten que ver, como por outra parte é evidente, co de ditar unha resolución estimatoria das pretensións do actor.

En definitiva, en caso de dúbida sobre a admisibilidade dun escrito de alegacións, é preferible aplicar un criterio favorable á admisión, cuxa única consecuencia é ter que contestar motivadamente estas, ca optar por non admitir e asumir o risco dun eventual vicio procedemental por indefensión ao interesado que anule o procedemento e que obrige a retrotraer este.

Así, a Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 12 de abril de 2014 ordenou a retroacción dun proceso selectivo precisamente por non establecer un trámite de emenda na presentación de documentación. Este considerou que a decisión do tribunal cualificador relativa á exclusión por defectos formais nun procedemento selectivo avanzado resultou desproporcionada, tendo en conta que está en xogo un dereito fundamental como é o acceso ao emprego público.

Obviamente, este criterio *pro actione* non pode ter carácter absoluto, de modo que existen supostos nos que de ningún xeito cabe admitir novas alegacións.

Nestes supostos observamos que outros principios ou valores constitucionalmente consagrados entran en xogo para modular o dereito de formular alegacións. Queremos dicir con isto que, unha vez satisfeito nos termos legalmente esixidos o principio de audiencia, este non pode invocarse en prexuízo da seguridade xurídica (ex.: presentar documentación unha vez rematado o procedemento sen que exista causa ningunha que impidise presentala dentro de prazo, presentala extemporaneamente ou que sexa repetición doutras anteriores) ou da boa fe (ex.: alegacións xa contestadas ou que claramente amosen un ánimo dilatorio).

O último número deste artigo prevé a posibilidade de admitir alegacións extemporáneas en calquera momento, sempre e cando destas resulten defectos de tramitación non validables. O obxecto deste precepto é darlle a oportunidade á Administración de emendar a instancia de parte calquera vicio procedemental de tal entidade que poida dar lugar á nulidade ou anulabilidade do procedemento.

Así, por exemplo, debería suceder cando o interesado alegue a caducidade, mesmo despois do trámite de audiencia, e que esta supoña unha “infracción dos prazos preceptivamente sinalados”. Tamén no caso de que, unha vez acordada a procedencia dunha determinada actividade probatoria, esta non chegue a practicarse por esquecemento ou negligencia do instrutor, o que implicaría a “omisión de trámites que poden ser emendados antes da resolución definitiva do asunto”.

Esta posibilidade supón a aplicación dos principios de conservación e validación dos actos administrativos que, con carácter xeral, establecen os artigos 51 e 52 da nova lei, pero con carácter previo á finalización do procedemento.

Finalmente, a “esixencia da correspondente responsabilidade disciplinaria” ao funcionario responsable da paralización, infracción ou omisión debe completarse coas correspondentes normativas sobre réxime disciplinario dos funcionarios; no caso da Xunta de Galicia, os artigos 183 e seguintes da Lei 2/2015, do 29 de abril, do emprego público de Galicia.

#### **REFERENCIAS XURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo), do 9 de xullo 2012, recurso de casación núm. 3946/2008.

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo), do 28 de xaneiro de 2016, recurso de casación núm. 440/2014.

Sentenza do Tribunal Constitucional do 28 de setembro de 2011, recurso de inconstitucionalidade núm. 1403/2000 e 5493/2001.

Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (Sala do Contencioso-Administrativo), do 12 de abril de 2014, recurso contencioso-administrativo núm. 974/2010.

## **SECCIÓN 2.<sup>a</sup>**

### **Proba**

#### **Artigo 77. Medios e período de proba**

1. Os feitos relevantes para a decisión dun procedemento poderanse acreditar por calquera medio de proba admisible en dereito, cuxa valoración se realizará de acordo cos criterios establecidos na Lei 1/2000, do 7 de xaneiro, de axuízamento civil.

2. Cando a Administración non teña por certos os feitos alegados polos interesados ou a natureza do procedemento o esixa, o instrutor acordará a apertura dun período de proba por un prazo non superior a trinta días nin inferior a dez, a fin de que se poidan practicar cantas xulgue pertinentes.

*Así mesmo, cando o considere necesario, o instructor, por petición dos interesados, poderá decidir a apertura dun período extraordinario de proba por un prazo non superior a dez días.*

3. O instructor do procedemento soamente poderá rexeitar as probas propostas polos interesados cando sexan manifestamente improcedentes ou innecesarias, mediante resolución motivada.

4. Nos procedementos de carácter sancionador, os feitos declarados probados por resolucións xudiciais penais firmes vincularán as administracións públicas respecto dos procedementos sancionadores que tramiten.

5. Os documentos formalizados polos funcionarios aos cales se recoñece a condición de autoridade e nos cales, observándose os requisitos legais correspondentes, se recollan os feitos constatados por aqueles, farán proba destes salvo que se acredite o contrario.

6. Cando a proba consista na emisión dun informe dun órgano administrativo, organismo público ou entidade de dereito público, entenderase que este ten carácter preceptivo.

7. Cando a valoración das probas practicadas poida constituír o fundamento básico da decisión que se adopte no procedemento, por ser peza imprescindible para a correcta avaliación dos feitos, deberá incluírse na proposta de resolución”.

#### **COMENTARIO:**

Dogmaticamente, enténdese por proba o conxunto de medios de que poden valerse as partes para lograren a convicción do órgano administrativo acerca da veracidade dos feitos alegados no proceso.

Están exentos de proba os feitos sobre os que exista plena conformidade das partes, salvo nos casos en que a materia obxecto do proceso non fose do poder de disposición destes (ex.: procedemento sancionador). Non será necesario probar os feitos que gocen de notoriedade absoluta e xeral.

O número 1 deste artigo opta por unha fórmula de *numerus apertus* no relativo á relación de medios de proba admisibles, de xeito que non hai una relación pechada destes.

Como medios de proba máis comúns, sen prexuízo doutros que poidan admitirse por leis sectoriais, podemos salientarllos seguintes:

- Actas elaboradas polos funcionarios competentes no exercicio de funcións de inspección e control.
- Interrogatorio de partes ou testemuñas.
- Documentos públicos.
- Documentos privados.
- Ditames de peritos.
- Medios de reprodución de palabra, son e imaxe, así como os instrumentos que permiten arquivar e coñecer ou reproducir palabras, datos, cifras e operacións matemáticas levadas a cabo con fins contables ou doutra clase que sexan relevantes para o proceso.

Doutra banda, en materia de valoración, a nova lei fai unha remisión á Lei 1/2000, do 7 de xaneiro, de Axuizamento Civil (LAC).

A valoración da proba alude ás regras ás que debe atermos o órgano instrutor para entender acreditados ou non acreditados os feitos sobre os que aquela versase. Para ese efecto, é posible instituír dous sistemas; por unha banda, o sistema da proba legal ou taxada, no cal son normas positivas e imperativas as que proceden para realizar tal operación valorativa e, polo tanto, o xuíz ha de acatalas e, por outra, o sistema da libre valoración da proba, que remite tal tarefa ao prudente arbitrio xudicial.

Na Lei de axuizamento civil non existe unha norma xeral sobre a valoración da proba, senón disposicións circunscritas á valoración de cada un dos medios probatorios.

Así, rexe o sistema legal ou taxado en relación cos documentos públicos (artigo 319 da LAC). Para os efectos de proba no proceso, considéranse documentos públicos os seguintes: resolucións xudiciais; documentos notariais ou de corredores de comercio colexiados; certificacións de rexistradores da propiedade e mercantís; certificacións de funcionarios públicos legalmente facultados para dar fe no que se refire ao exercicio das súas funcións e os que, con referencia



a arquivos e rexistros dos órganos do Estado, das administracións públicas ou doutras entidades de dereito público, sexan expedidos por funcionarios facultados para dar fe de disposicións e actuacións daqueles órganos, administracións ou entidades.

Teñen a mesma consideración os documentos a que fai referencia o número 5 deste artigo 77. Estes documentos constituirán unha proba plena do feito, acto ou estado de cousas que documenten, da data en que se produce esa documentación e da identidade dos feudatarios e demais persoas que, se é o caso, interveñan nela, salvo que outros medios de proba desvirtúen a certeza do documentado. Esta declaración, que se reitera en leis especiais, como a normativa sobre seguridade viaria, transportes, costas ou urbanismo, permite atribuírlles ás denuncias dos axentes da autoridade unha presunción de veracidade de carácter *iuris tantum* e que, por tanto, admite proba en contra. Isto cobra importancia para os efectos do procedemento xa que, como sinala a Sentenza do Tribunal Supremo do 4 de marzo de 2004, “o dereito á presunción de inocencia fai recaer a carga da proba incriminatoria sobre a Administración sancionadora, e non existe carga do administrado sobre a proba de inocencia, que aparece directamente presumida pola Constitución. Agora ben, o feito de que a presunción de inocencia o sexa *iuris tantum* posibilita que a Administración poida desvirtuar a súa eficacia mediante a práctica dunha actividade probatoria de cargo rodeada de todas as garantías. Deste xeito, malia que é certo que a falta de proba de cargo prexudica a Administración, non o é menos que, unha vez obtida esta, a falta de proba de descargo prexudicará o administrado suxeito ao expediente sancionador”. Así, unha vez que se ten a denuncia dos axentes, correspóndelle ao presunto infractor destruír a presunción de veracidade de que goza a citada denuncia mediante proba suficiente.

En conclusión, a presunción de inocencia é un principio básico do dereito penal cuxa aplicación no ámbito do dereito administrativo sancionador non se discute e foi consagrado pola xurisprudencia. Para enervalo, é imprescindible a existencia dunha actividade probatoria por parte da Administración.

Doutra banda, rexe o sistema de libre valoración en relación co seguinte:

- Interrogatorio das partes (art. 316 da LAC): se non o contradí o resultado das demais probas, consideraranse certos os feitos que unha parte recoñecese como tales se interveu neles persoalmente e se a súa fixación como certos é enteiramente prexudicial. En todo o demais, os tribunais valorarán as declaracións segundo as regras dunha crítica sa.
- Documentos privados (art. 326 da LAC): os documentos privados constituirán proba plena no proceso, nos mesmos termos ca os públicos, cando a súa autenticidade non sexa impugnada pola parte a quen prexudique. Cando esta autenticidade sexa impugnada, poderá acreditarse por medio de proba pericial para ese efecto. Cando non se poida deducir a súa autenticidade ou non se propoña proba ningunha para acreditarla, o instrutor valoraraos libremente.
- Ditame de peritos (art. 348 da LAC).
- Interrogatorio de testemuñas (art. 376 da LAC).

En todo caso, pero especialmente no caso de que as probas fosen obxecto de libre valoración, deberá ser motivada e expresarse na proposta de resolución, conforme ao previsto no número 7 deste artigo. O incumprimento desta previsión é susceptible de producir indefensión por vulneración do dereito de defensa (art. 24 da Constitución española).

En canto á utilización dos medios de proba pertinentes para a defensa do presunto responsable, non debe esquecerse que “non é un dereito ilimitado que obrigue o instrutor do expediente a admitir e practicar todas as probas que propoña o interesado. O dereito non resulta vulnerado se as probas que se rexeitaron eran innecesarias para o axuizamento da falta disciplinaria ou os datos de feito que se pretendían acreditar con elas figuraban suficientemente xustificadas no expediente disciplinario” (STS do 11 de marzo de 2003).

En relación coa obrigatoriedade de abrir un período de proba por parte do instrutor á vista do número 2 do artigo comentado, cabe

sinalar que a xurisprudencia considera que se trata dunha facultade discrecional deste. Polo tanto, no caso de denegarse, esta debería motivarse en relación cos requisitos establecidos nese número: non se teñen por certos os feitos alegados polos interesados ou esíxeo a natureza do procedemento.

A Sentenza do Tribunal Supremo do 28 de abril de 2000, nun asunto relativo á inclusión do recorrente dentro do cadro de exclusións para a prestación social substitutoria, establece que non aparece constatada a vulneración do artigo 24.1 da Constitución por causa de indefensión, con base nas seguintes razóns:

- O recoñecemento médico non resultaba necesario se das alegacións e documentación que constase no expediente podía formarse criterio sobre a existencia ou inexistencia da enfermidade alegada.
- Non era preceptiva a proba proposta na medida en que o período de proba, en fase administrativa, depende de dúas circunstancias: a) en primeiro lugar, que non se teñan por certos os feitos alegados polo interesado, extremo non acreditado nas actuacións e b) en segundo termo, que tal trámite viñese esixido pola natureza do procedemento, o que tampouco resulta acreditado se se ten en conta, ademais, que consta no expediente administrativo o informe médico emitido pola oficina para a prestación.
- En todo caso, supédítase o período probatorio á existencia de puntos de dúbida que sexa necesario esclarecer, e é de aplicación o criterio da Administración que valora consonte as normas emitidas no informe da asesoría médica as circunstancias concorrentes na cuestión examinada.

Finalmente, convén destacar que o número 4 do artigo é unha positivización do tradicional principio xeral do dereito sobre a supremacía do dereito penal sobre o dereito administrativo sancionador no eido do *ius puniendi* do Estado, e que supedita calquera tipo de actuación administrativa sancionadora á prevalencia da xurisdición penal.

**REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.<sup>a</sup>), Sentenza do 28 abril de 2000, recurso de casación núm. 4950/1996.

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo), do 4 de marzo de 2004, recurso de casación núm. 11282/1998.

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo), do 11 de marzo de 2003, cuestión de competencia núm. 466/2001.

**Artigo 78. Práctica de proba**

1. *A Administración comunicará aos interesados, con anticipación suficiente, o inicio das actuacións necesarias para a realización das probas que fosen admitidas.*

2. *Na notificación consignarase o lugar, data e hora en que se practicará a proba, coa advertencia, se for o caso, de que o interesado pode nomear técnicos para que o asistan.*

3. *Nos casos en que, por petición do interesado, se deban efectuar probas cuxa realización implique gastos que non deba soportar a Administración, esta poderá exixir que se anticipen estes, sen prexuízo da liquidación definitiva, unha vez practicada a proba. A liquidación dos gastos practicarase unindo os comprobantes que acrediten a realidade e contúa daqueles.*

**COMENTARIO:**

O primeiro número deste artigo comeza sentando a perentoriedade de lle comunicar en tempo e forma ao interesado o inicio das actuacións correspondentes en materia de proba. Este mandato inescusable ten unha consecuencia fundamental de existir incumprimento, como é a a nulidade da práctica destas e, en consecuencia, a nulidade do procedemento.

Así o sinalou a Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 22 de febreiro de 2007, que considerou no caso axuizado que, malia que a recorrente foi advertida da posibilidade de nomear técnicos que a asistisen e tamén foi notificada do lugar, data e hora na que se practicaría a proba –considerada relevante e consistente na medición das obras e da distancia destas á beira do mar–, o certo é que esa notificación non pode considerarse que foi realizada coa antelación suficiente, o que orixinou indefensión na recorrente que no curto período de tempo que transcorre entre a data da notificación (15/11/2002) e a data sinalada para a práctica da proba (21/11/2002) se viu imposibilitada de asistir á práctica da proba co asesoramento por ela pretendido. Esa imposibilidade pona de manifesto o día 18 de novembro e a circunstancia de que da solicitude de suspensión da práctica de proba non tivese coñecemento o instrutor ata despois de que se realizase non pode aducirse como causa xustificativa dun proceder irregular da Administración, que vulnera o artigo 78.1 citado. Este, cando fai referencia á “anticipación suficiente”, está establecendo un prazo adecuado que lle permita ao interesado a súa presenza e a posibilidade de contar con asesoramento técnico.

O tribunal tamén sinalou que tal proceder irregular da Administración non impediu que en trámites posteriores a recorrente puidese cuestionar con medios probatorios adecuados a proba practicada pola Administración, pero en todo caso a non presenza da peticionaria da proba limitou os seus dereitos de defensa e que a proba practicada, ao non ser válida polas irregularidades en que incorreu, non pode destruír a presunción de inocencia.

En definitiva, a posibilidade establecida neste artigo, relativa á participación dos interesados na práctica da proba, é unha plasmación concreta dos principios de audiencia e contradición para esta fase probatoria, inspiradores de todo o procedemento administrativo, de acordo co previsto especificamente no artigo 105 e xenericamente no artigo 24 da Constitución española.

A importancia de practicar axeitadamente as probas que poidan existir no expediente cobra especial relevancia no eido do procedemento sancionador, que polo seu carácter punitivo pode afectar

dun modo singularmente intenso os dereitos de defensa dos interesados neste. Así, na Sentenza do Tribunal Supremo do 25 de xaneiro de 2005, despois de recoller o valor probatorio dos feitos constatados polos funcionarios –aos que se lles recoñece o carácter de autoridade– que se formalicen en documento público consonte os requisitos legais pertinentes, considerou incorrecto o proceder da Administración debido a que, unha vez negados polo denunciado os feitos constatados na acta, o referido funcionario non foi chamado a ratificar a súa denuncia no seo do procedemento sancionador. Polo tanto, o tribunal considerou que non se acreditaron os feitos constitutivos da infracción sancionable cando se ditou a resolución administrativa impugnada e anulouna, ao entender que as declaracións do funcionario, que constatou os feitos no xuízo oral, non serven para emendar a falta de probas ao tempo de pronunciarse a resolución sancionatoria.

En relación coa práctica da notificación, non existen especialidades con respecto ao resto de notificacións reguladas nesta lei, polo que neste punto son de plena aplicación as consideracións realizadas no comentario dos artigos 40 a 46. Non obstante, e como é obvio, a obriga que ten a Administración de lles comunicar aos interesados o momento de práctica da proba só ten carácter preceptivo cando esta proceda por existir desconformidade cos feitos, de modo que a práctica da proba non pode interpretarse coma un trámite preceptivo para o órgano instrutor, nin tampouco que a súa ausencia deba producir a nulidade do actuado en todo caso.

A importancia que se lle outorga á práctica da proba vén destacada na nova lei polas consecuencias que, en materia de recursos administrativos, pode ter o feito de non realizala.

Así, en fase de recurso, o artigo 118 da lei prescribe que “non se poderá solicitar a práctica de probas cando a súa falta de realización no procedemento en que se ditou a resolución impugnada sexa imputable ao interesado”. En sentido contrario, cando a falta de realización sexa imputable á Administración, debería admitirse a práctica da proba en fase de recurso. Neste último suposto, as regras sobre a práctica da proba e medios admisibles non varían, de

xeito que o trámite de proba é idéntico tanto se se practica en fase de instrución ordinaria do procedemento coma se se practica en vía de recurso.

Neste punto, podemos concluír que a posibilidade de propoñer probas en vía administrativa deixa de ser unha facultade do interesado e pasa a ser unha carga cuxa pasividade provocará a non admisión das probas propostas en fase de recurso administrativo.

É importante destacar que a negativa á practica de proba se considera un acto de trámite non susceptible de recurso. Así, a Sentenza do Tribunal Supremo do 18 de xullo de 2003 establece: “O acto do expediente sancionador que declarou improcedente a proba proposta polo expedientado é un acto de trámite que non impedía continuar o procedemento e, polo tanto, contra el non era admisible o recurso ordinario. Será, posteriormente, contra o acto final, se é sancionatorio, cando poderá interporse o recurso administrativo. Ata ese momento, o expedientado aínda non foi sancionado. Podería darse o suposto de que non o sexa e, no entanto, se encontre pendente de resolver un recurso contra un acto de trámite do citado procedemento. Isto pugna contra o principio de economía procesual e de eficacia que rexe o procedemento. Tampouco pode falarse de indefensión. O expedientado sempre poderá aducir, tanto en vía impugnatoria administrativa coma xurisdiccional, contra o acto final a posible infracción cometida polo instrutor ao non admitir a proba proposta”.

Finalmente, e en relación co número 3 do artigo, ten escasa utilización práctica, xa que no marco do procedemento administrativo a carga da proba, con carácter xeral, e coa marcada excepción do procedemento sancionador, correspóndelle ao interesado, o que vén determinado polo efecto que produce a presunción de lexitimidade dos actos administrativos. Por tanto, será certamente excepcional o suposto no que a Administración admita a obriga de aboar gastos derivados dunha proba solicitada polo particular.

Non obstante, a Sentenza do Tribunal Supremo do 28 novembro de 2002 si se preocupou de salientar que só procede a súa aplicación nos procedementos en que existe unha previa petición do interesado

e que tal gasto non deba ser soportado por este. Así, nun asunto en materia de autorizacións de apertura e traslado de farmacias, declarou que non é conforme a dereito esixir un depósito previo á tramitación do expediente.

#### **REFERENCIAS XURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (Sala do Contencioso-Administrativo), do 22 febreiro de 2007, recurso de apelación núm. 4104/2005.

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo), do 18 de xullo de 2003, recurso de casación núm. 11701/1998.

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo), do 28 de novembro de 2001, recurso de casación núm. 4701/1996.

### **SECCIÓN 3.<sup>a</sup>**

#### **Informes**

#### **Artigo 79. *Petición***

1. *Para efectos da resolución do procedemento, solicitaranse aqueles informes que sexan preceptivos polas disposicións legais e os que se xulguen necesarios para resolver, citando o precepto que os exixa ou fundamentando, se for o caso, a conveniencia de reclamálos.*

2. *Na petición de informe concretarase ou aspecto ou aspectos acerca dos cales se solicita.*

#### **COMENTARIO:**

A falta dunha definición legal do concepto de informe, a doutrina administrativista proporcionou distintas opcións ao respecto. Así, o profesor Enterría defínenos como “declaracións de xuízo emitidas por órganos especialmente cualificados en materias determinadas, chamadas a ilustrar o órgano decisor e a proporcionarlle os elementos de xuízo necesarios para ditar a resolución con garantías de acerto”.



Tamén se teñen definido como os “pareceres que emiten autoridades, funcionarios ou organismos distintos daqueles aos que lles corresponde ditar a resolución ou proposta de resolución respecto das pretensións, os feitos ou os dereitos que sexan obxecto do expediente e sirvan para proporcionar os elementos de xuízo necesarios para a axeitada resolución”.

Desde un punto de vista sistemático, a Lei –ao igual que facía a Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común– regula os informes no primeiro dos artigos da sección 3.<sup>a</sup>, precisamente baixo a epígrafe “Informes”, pertencente ao capítulo III da “Instrución do procedemento”. Na regulación da fase de instrución do procedemento administrativo, establécense inicialmente disposicións de carácter xeral (sección 1.<sup>a</sup>) sobre actos de instrución e alegacións, régulase a proba (sección 2.<sup>a</sup>), os informes (sección 3.<sup>a</sup>) e, finalmente, a participación dos interesados no trámite de audiencia e, de ser o caso, na información pública (sección 4.<sup>a</sup>). Desde este punto de vista, podería tamén considerarse o informe como un dos trámites da fase de instrución do procedemento administrativo, no que un funcionario público manifesta o seu parecer xurídico ou técnico sobre a conformidade co ordenamento xurídico do expediente administrativo. Se partimos de que o expediente administrativo é o conxunto ordenado de documentos e actuacións que serven de antecedente e fundamento á resolución administrativa, así como as dilixencias encamiñadas a executala, e que se forma mediante a agregación sucesiva de cantos documentos, probas, ditames, decretos, acordos, notificacións e demais dilixencias deban integrais, os informes –e os ditames– son parte integrante da materialización do procedemento administrativo que é o expediente administrativo.

En canto á regulación dos informes na norma que comentamos, a propia redacción do artigo distingue entre informes preceptivos, que deben ser solicitados en todo caso polo órgano correspondente –sen necesidade de argumentar ou fundamentar a razón de solicitalos, abonda con que se cite o precepto que os esixa– e, por contraposición a estes, os facultativos, que, sen ser de obrigatoria solicitude, poden requirirse cando se xulguen necesarios para resolver, en cuxo

caso se deberá fundamentar a conveniencia de reclamálos. Sexan facultativos ou preceptivos, á vista da dicción legal, parece que a emisión dos documentos de xuízo debe ser previamente solicitada, de maneira que non cabe que a emisión dun informe se produza de oficio. No caso de emitirse de oficio, falaríamos de moción –prevista, por exemplo, na normativa que regula algúns órganos como o Tribunal de Contas– ou de proposta, que cabe que sexa realizada por calquera órgano administrativo dentro do seu ámbito competencial, pero non dun informe no sentido do artigo 79.

Polo que se refire ao seu contido, aínda que a norma non o prevea expresamente, é posible que nos informes se manifeste ben un parecer xurídico, en cuxo caso se examinan os feitos e antecedentes que existen nos documentos do expediente e, á vista destes, se aplican os fundamentos de dereito correspondentes co fin de determinar se as actuacións realizadas son conformes ou desconformes coas normas xurídicas, ben un criterio técnico propiamente dito, por tratarse de órganos especialmente cualificados en materias sectoriais determinadas. De calquera xeito, segundo o apartado 2 do artigo comentado, debe ser o órgano solicitante quen determine concretamente o aspecto, ou aspectos, sobre os cales se solicita.

A finalidade dos informes, como se deduce do dito ata agora, é proporcionarlles aos órganos administrativos competentes para a instrución e resolución do procedemento datos, valoracións e opinións precisas para a formación da súa vontade e a adopción dos acordos ou resolucións. Aínda que frecuentemente os termos “informe” e “ditame” se utilizan indistintamente, e mesmo os verbos informar e ditaminar poden considerarse sinónimos, cómpre dicir que “informar” ten unha acepción específica que se refire a ‘dar noticia dunha cousa ou suceso’, mentres que “dar ditame” ou “ditaminar” posúe outra acepción propia consistente en ‘emitir opinión ou xuízo sobre unha cousa’. Así, aínda que en sentido amplo poden utilizarse indistintamente ambos os termos, en sentido máis estrito, os informes límitanse a dar noticia sobre un feito, mentres que os ditames van máis alá da mera noticia dos feitos, xa que deben incluír tamén unha valoración ou opinión xurídica sobre eses feitos. Indo aínda mais lonxe, algún autor chegou a considerar que os ditames xurídico-administrativos

non só deben achegar noticia e valoración dos feitos, senón tamén as diversas posibilidades admisibles na resolución.

Nalgúns procedementos concretos o informe ou ditame elaboráno os órganos colexiados externos ao órgano que realiza a consulta, que, pola súa vez, actúan mediante un procedemento regrado no que chegan a acordos mediante votación dos membros do órgano consultivo colexiado. Non obstante, na actualidade administrativa son moi diferentes os órganos consultivos de apoio inmediato que asesoran os órganos activos sen seguir un procedemento formalizado e dos cales son un simple instrumento sen relevancia fóra da unidade ou centro directivo. Nestes casos, tanto o informe como a petición de asesoramento ou consulta pode manifestarse oralmente ou por escrito sen que a forma escrita de exteriorización dunha ou doutra actuación responda a regra ningunha, polo cal non é obrigada a súa incorporación ao procedemento de que se trate, aínda que o órgano informante se compoña de varias persoas –por exemplo, o xefe e os seus subordinados–, a estrutura non é colexial senón xerárquica ao non producirse votacións que leven á formulación do informe como expresión do parecer ou opinión propia do conxunto con posibilidade de emitir votos.

De calquera xeito, os informes non teñen a consideración de actos administrativos, por canto non constitúen en si mesmos declaracións de vontade produtoras por si mesmas de efectos xurídicos e, por esa razón, tampouco son susceptibles de ser recorridos autonomamente nin na vía administrativa nin na contencioso administrativa.

Por último, só cabe salientar a extraordinaria relevancia que a falta de petición dos informes preceptivos pode chegar a ter no procedemento de elaboración de disposicións administrativas de carácter xeral, xa que, como ten declarado o Tribunal Supremo, as infraccións do ordenamento xurídico que puidesen producirse durante a súa tramitación dan lugar á nulidade de pleno dereito, que é a única categoría de invalidez prevista para tales supostos –a categoría da anulabilidade está legalmente prevista no caso dos actos administrativos, pero non así no das disposicións de carácter xeral–, do que deriva, ademais e entre outras consecuencias, a eficacia *ex tunc* da propia declaración de nulidade e a imposibilidade de proceder á súa

validación mediante a soa emenda do defecto que se puidese producir. Dito doutro xeito, a falta de petición do informe preceptivo non é susceptible de ser emendado *a posteriori*, polo que se produce irremediabilmente a nulidade da disposición xeral unha vez constatada xudicialmente, de ser o caso, aquela omisión.

#### **REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Sentenza do Tribunal Supremo, do 17 de xuño de 2009, recurso de casación núm. 311/2005.

Sentenza do Tribunal Supremo, do 25 de maio de 2015, recurso de casación núm. 1699/2013.

Entrena Cuesta, Rafael (1999). *Curso de derecho administrativo I/1*. Madrid: Editorial Tecnos.

García de Enterría, Eduardo e Ramón Fernández, Tomás (1993). *Curso de derecho administrativo II* (cuarta edición). Madrid: Editorial Civitas.

González Pérez, Jesús e González Navarro, Francisco (2007). *Estudios y comentarios legislativos. Comentarios a la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*. Editorial Civitas.

#### **Artigo 80. Emisión de informes**

1. *Salvo disposición expresa en contrario, os informes serán facultativos e non vinculantes.*

2. *Os informes serán emitidos a través de medios electrónicos e de acordo cos requisitos que sinala o artigo 26 non prazo de dez días, salvo que unha disposición ou o cumprimento do resto dos prazos do procedemento permita ou exixa outro prazo maior ou menor.*

3. *De non emitirse o informe no prazo sinalado, e sen prexuízo da responsabilidade en que incorra o responsable da demora, poderanse proseguir as actuacións salvo cando se trate dun informe preceptivo, e neste caso poderase suspender ou transcurso do prazo máximo legal para resolver o procedemento nos termos establecidos na alínea d) do número 1 do artigo 22.*

4. *Se o informe debe ser emitido por unha Administración pública distinta da que tramita o procedemento co obxecto de expresar ou punto de vista correspondente ás súas competencias respectivas, e transcorre o prazo sen que aquel se emitise, poderanse proseguir as actuacións.*

*O informe emitido fóra de prazo poderá non ser tido en conta ao adoptar a correspondente resolución.*

### **COMENTARIO:**

Completando a clasificación recollida no artigo anterior, do que se permitía colixir a distinción entre informes preceptivos e facultativos –os primeiros son aqueles cuxa solicitude ven esixida por disposicións legais e facultativos os que, malia non seren esixidos, se xulguen necesarios para resolver–, o artigo 80 permite distinguir tamén os vinculantes dos que non o son.

Sen prexuízo do anterior, non contén a lei unha regulación nin sequer elemental das diferentes clases de informes (preceptivos, determinantes, habilitantes ou vinculantes) e desaparece tamén con esta norma a distinción entre informes “determinantes” e “non determinantes para a resolución do procedemento” que contiña a normativa anterior; límitase a sinalar a regra xeral de que, salvo que a norma aplicable diga expresamente o contrario, haberá de considerarse que os informes son facultativos e non vinculantes.

Polo que se refire á distinción entre vinculantes e non vinculantes, pódense definir os primeiros como aqueles que afectan a decisión que se tome no procedemento, de modo que a resolución que se adopte debe ir no sentido sinalado no informe. Neste sentido, indican Eduardo García de Enterría e Tomás Ramón Fernández que os informes vinculantes supoñen a existencia dunha especie de competencia compartida entre o órgano decisor e o consultado, como excepción ás normas xerais da distribución da competencia.

Pola súa parte, os informes non vinculantes non afectan o sentido da resolución, a cal pode ir na liña do informe ou noutra distinta. Aínda así, isto non significa que estes informes carezan de toda relevancia, xa que no caso de que exista discrepancia entre o informe

non vinculante e a resolución que se adopte, nesta última deberá estar particular e suficientemente motivada a apartación do criterio mantido polo órgano emisor do informe.

En canto ao prazo para a emisión dos informes, establécese o xeral de dez días, salvo que impoña outro, maior ou menor, a normativa sectorial de aplicación ou a natureza do resto dos prazos.

Como novidade respecto da regulación anterior, incorpórase agora a obriga de emitir os informes “a través de medios electrónicos” e cos requisitos do artigo 26 da lei; polo tanto, para seren considerados válidos, deberán estar arquivados nun soporte electrónico, segundo un formato determinado susceptible de identificación e tratamento diferenciado, e dispor dos datos de identificación que permitan a súa individualización, sen prexuízo da súa posible incorporación a un expediente electrónico. Así mesmo, deben incorporar unha referencia temporal do momento en que foron emitidos, así como os metadatos mínimos esixidos e as sinaturas electrónicas que correspondan de acordo co previsto na normativa aplicable.

Establece tamén a norma os efectos do silencio na emisión dos informes, e distingue se o informe é preceptivo ou non: da regulación legal deriva que, en caso de que o informe non sexa emitido en prazo, se poderán seguir as actuacións se o informe non é preceptivo; en caso de ser preceptivo, permite que se suspenda o prazo máximo para ditar a resolución.

Neste punto, o artigo 80 remite ao 22, que, entre as causas posibles de suspensión do prazo máximo para resolver, permite suspender tal prazo “polo tempo que medie entre a petición, que se deberá comunicar aos interesados, e a recepción do informe, que igualmente deberá ser comunicada a estes. Este prazo de suspensión non poderá exceder en ningún caso de tres meses. En caso de non recibirse o informe no prazo indicado, proseguirá ou procedemento”.

A dúbida que xorde neste caso é cando se produce verdadeiramente a suspensión, xa que o artigo 80 parece permitir a suspensión só se non se emite o informe no prazo sinalado, o que parece obrigar a agardar a que transcorra o prazo, mentres que o artigo 22 establece a suspensión desde o momento de solicitude do informe, que se lles

deberá notificar aos interesados e, polo tanto, antes de que transcorra prazo ningún. Á vista desta regulación, ambas as posibilidades aparecen como válidas, polo que semella que a elección entre unha ou outra poderá adoptala o operador xurídico atendendo aos prazos que resten por transcorrer, particularmente cando se trate de impedir o transcurso dos prazos que poidan levar á caducidade do procedemento de que se trate. De calquera xeito, conforme o propio artigo 22, o prazo máximo de suspensión é de tres meses; transcorridos estes sen emitirse o informe, poderán proseguirse as actuacións.

A pesar de que, como veu sinalando a doutrina, non parece moi razoable que o mero feito da produción extemporánea dun informe permita que non se teña en conta e é, pola contra, máis lóxico que, se se emite –e recibe– antes do ditado da resolución, se teña en conta, mantense, non obstante, a referencia a aquela regra, así como a posibilidade, expresamente recoñecida na norma, e a pesar dos efectos que xa se sinalaron, de esixir a responsabilidade en que incorra o responsable da demora.

Finalmente, sen distinguir entre informes preceptivos ou non preceptivos, dispónse que se o silencio afecta a informes que debe emitir unha Administración pública distinta da que tramita o procedemento co obxecto de expresar o punto de vista correspondente ás súas competencias respectivas, se poderán proseguir as actuacións.

#### **REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

- Cobo Olvera, Tomás. *El régimen jurídico de las administraciones públicas y el procedimiento administrativo común. Ley 30/1992 de 26 de noviembre. Análisis normativo, doctrinal y jurisprudencial* (terceira edición ). Editorial La Lei.
- García de Enterría, Eduardo e Ramón Fernández, Tomás (2015). *Curso de derecho administrativo I*. Madrid: Editorial Civitas.
- González Pérez, Jesús e González Navarro, Francisco (2007). *Estudios y comentarios legislativos. Comentarios a la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*. Editorial Civitas.

## **Artigo 81. Solicitude de informes e ditames nos procedementos de responsabilidade patrimonial**

1. No caso dos procedementos de responsabilidade patrimonial será preceptivo solicitar informe ao servizo cuxo funcionamento ocasionase a presunta lesión indemnizable, sen que o prazo da súa emisión poida exceder dez días.

2. Cando as indemnizacións reclamadas sexan de contía igual ou superior a 50.000 euros ou á que se estableza na correspondente lexislación autonómica, así como naqueles casos que dispoña a Lei orgánica 3/1980, do 22 de abril, do Consello de Estado, será preceptivo solicitar ditame do Consello de Estado ou, se for o caso, do órgano consultivo da comunidade autónoma.

Para estes efectos, o órgano instructor, no prazo de dez días contados desde a finalización do trámite de audiencia, remitirá ao órgano competente para solicitar o ditame unha proposta de resolución, que se axustará ao previsto no artigo 91 ou, se for o caso, a proposta de acordo polo cal se podería rematar convencionalmente o procedemento.

O ditame emitirase no prazo de dous meses e deberase pronunciar sobre a existencia ou non de relación de causalidade entre o funcionamento do servizo público e a lesión producida e, se for o caso, sobre a valoración do dano causado e a contía e modo da indemnización, de acordo cos criterios establecidos nesta lei.

3. No caso de reclamacións en materia de responsabilidade patrimonial do Estado polo funcionamento anormal da Administración de xustiza, será preceptivo o informe do Consello Xeral do Poder Xudicial, que será emitido no prazo máximo de dous meses. O prazo para ditar resolución quedará suspendido polo tempo que medie entre a solicitude do informe e a súa recepción, sen que o dito prazo poida exceder os citados dous meses.

### **COMENTARIO:**

Como é sabido, a regulación do procedemento de responsabilidade patrimonial que na normativa anterior se atopaba recollido illadamente no título X da lei e no Real decreto 429/1993 –polo que se aproba o Regulamento dos procedementos das administracións pú-



blicas en materia de responsabilidade patrimonial–, recóllese agora dispersa ao longo do articulado, en forma de especialidade á normativa xeral de cada un dos trámites.

Esta nova formulación responde a un dos obxectivos que persegue esta lei, cal é a simplificación dos procedementos administrativos e a integración como especialidades no procedemento administrativo común, contribuíndo así a aumentar a seguridade xurídica. De acordo coa sistemática seguida, os principios xerais da potestade sancionadora e da responsabilidade patrimonial das administracións públicas, en canto que atinxen aspectos máis orgánicos ca procedimentais, regúlanse na Lei de réxime xurídico do sector público, Lei 40/2015. En consecuencia, desaparece unha norma procedimental específica (neste caso, o R. d. 429/1993) e no seu lugar aplicárase o procedemento común recollido na nova lei, coas especialidades que nela mesma se fixan (así, por exemplo, o artigo 65 de especialidades no inicio de oficio dos procedementos de responsabilidade patrimonial; o artigo 91 de especialidades da resolución nos procedementos en materia de responsabilidade patrimonial, etc.).

Este artigo 81 é proba tamén desta dispersión e nel recóllese, en primeiro lugar, o relativo aos informes e ditames que han ser solicitados no seo dese tipo de procedementos, o que ata a nova lei se atopaba nos artigos 10 e 12 do devandito regulamento.

Como primeira medida, configúrase como preceptivo o informe ao servizo cuxo funcionamento ocasionase a presunta lesión indemnizable, sen que o prazo da súa emisión poida exceder dez días. Aínda que non se dispón expresamente, en caso de non emitirse nese prazo, poderá, seguindo o disposto no artigo 80, continuarse o procedemento. Xa non se recolle de xeito expreso –aínda que a pesar diso é igualmente posible– que o órgano competente para a instrución do procedemento pode solicitar cantos informes estime necesarios para resolver; caso de solicitárense, terán entón o carácter de informes facultativos, de xeito que, atendendo novamente ao artigo 80, poderán solicitarse motivando a súa necesidade e conveniencia á hora de resolver e decidir o procedemento.

No apartado segundo configúrase tamén como preceptivo o informe do Consello de Estado –ou do órgano consultivo da comunidade autónoma– cando as indemnizacións reclamadas sexan de contía igual ou superior a 50.000 euros ou a que se estableza na correspondente lexislación autonómica, así como naqueles casos que dispoña a Lei orgánica 3/1980, do 22 de abril, do Consello de Estado.

Para estes efectos, o órgano instrutor, no prazo de dez días, contados desde a finalización do trámite de audiencia, remitiralle ao órgano competente para solicitar o ditame unha proposta de resolución que, segundo dicción literal do artigo comentado, se axustará ao previsto no artigo 91 ou, se for o caso, a proposta de acordo polo cal se podería rematar convencionalmente o procedemento.

Este artigo 91, ao que se remite o 81 e que establece as “Especialidades da resolución nos procedementos en materia de responsabilidade patrimonial”, induce, non obstante, a certa confusión precisamente cando se pon en contacto co artigo 81 xa que, por un lado, non determina, como parecería deducirse, os requisitos da proposta ou como debe redactarse e, por outro, parece derivar del que os ditames do artigo 81.2 puidesen ser non preceptivos cando o propio artigo 81.2 lles atribúe ese carácter preceptivo sen excepción.

En calquera caso, o que se pode deducir deste apartado é que o que se somete a ditame é unha proposta concreta de resolución do procedemento de responsabilidade patrimonial, ben sexa resolución ordinaria ben de terminación convencional. Na práctica administrativa ordinaria, o informe adoita concluír en dous posibles sentidos, favorable ou desfavorable á proposta sometida, e conforme a lei deberase pronunciar necesariamente sobre a existencia ou non de relación de causalidade entre ou funcionamento do servizo público e a lesión producida e, se for o caso, sobre a valoración do dano causado e a contía e modo da indemnización, de acordo cos criterios establecidos nesta lei.

O ditame emitirase no prazo de dous meses.

Polo que se refire á normativa propia da comunidade autónoma galega, haberá que seguir a regulación contida na Lei 3/2014, do 24 de abril, do Consello Consultivo de Galicia que, no artigo 12 apar-

tado j), comprende como ditame preceptivo o que debe solicitarse ao Consello nas “reclamacións de responsabilidade patrimonial de contía superior a 30.000 euros para a Administración autonómica e a 15.000 euros para as administracións locais”.

Establécese xa para rematar, no último apartado, outro suposto de ditame preceptivo: o que ten que emitir o Consello Xeral do Poder Xudicial no caso de reclamacións en materia de responsabilidade patrimonial do Estado polo funcionamento anormal da Administración de xustiza.

Este ditame será emitido no prazo máximo de dous meses: A solicitude do informe suspende automaticamente (“o prazo quedará suspendido” di o teor literal) o prazo para ditar resolución ata a súa recepción, por un prazo máximo de dous meses, coincidente co que ten o Consello para emitir o seu informe, e inferior ao de tres meses que se establece con carácter xeral para os informes preceptivos no artigo 22.d) da Lei 39/2015, que regula os supostos de suspensión do prazo máximo para resolver.

## SECCIÓN 4.<sup>a</sup>

### Participación dos interesados

#### **Artigo 82. Trámite de audiencia**

*1. Instruídos os procedementos, e inmediatamente antes de redactar a proposta de resolución, poranse de manifesto aos interesados o, se for o caso, aos seus representantes, para o cal se terán en conta as limitacións previstas, se for o caso, na Lei 19/2013, do 9 de decembro.*

*A audiencia aos interesados será anterior á solicitude do informe do órgano competente para o asesoramento xurídico ou á solicitude do ditame do Consello de Estado ou órgano consultivo equivalente da comunidade autónoma, no caso de estes formaren parte do procedemento.*

*2. Os interesados, nun prazo non inferior a dez días nin superior a quince, poderán alegar e presentar os documentos e as xustificacións que consideren pertinentes.*

3. *Se antes do vencemento do prazo os interesados manifestan a súa decisión de non efectuar alegacións nin presentar novos documentos ou xustificacións, terase por realizado o trámite.*

4. *Poderase prescindir do trámite de audiencia cando non figuren no procedemento nin sexan tidos en conta na resolución outros feitos nin outras alegacións e probas que as aducidas polo interesado.*

5. *Nos procedementos de responsabilidade patrimonial a que se refire o artigo 32.9 da Lei de réxime xurídico do sector público, será necesario en todo caso dar audiencia ao contratista, notificándolle cantas actuacións se realicen no procedemento, para o efecto de que compareza nel, expoña o que ao seu dereito conveña e propoña cantos medios de proba considere necesarios.*

#### **COMENTARIO:**

O trámite de audiencia constitúe un trámite esencial no procedemento administrativo que aparece xa esixido no artigo 105.c) da Constitución: “A lei regulará o procedemento a través do cal os actos administrativos deben producirse, sen que en ningún caso poida omitirse o trámite de audiencia do interesado”. Podería dicirse que é o traslado ao ámbito administrativo da máxima penal de que “ninguén pode ser condenado sen ser oído”.

Desde o punto de vista da Administración, a audiencia constitúe un trámite obrigatorio de carácter regulado e non discrecional, cuxa omisión pode determinar a nulidade de todo o procedemento como regra xeral. Polo que se refire á persoa interesada, é libre de atender ou non a posibilidade que lle ofrece a Administración de alegar o que ao seu dereito conveña.

Pode dicirse, ademais, que o trámite de audiencia non só ten como obxectivo que o interesado poida formular alegacións; pretende asegurar tamén que se lle concede a posibilidade de examinar e coñecer a totalidade do expediente, o que explica a súa posición sistemática dentro da regulación da tramitación. Conforme o precepto comentado, ten lugar inmediatamente antes de redactar a proposta de resolución, unha vez cumpridos todos os trámites e antes de ditar-

se a resolución, unicamente, e conforme a novidade que introduce a Lei 39/2015, segue á solicitude do informe do órgano competente para o asesoramento xurídico ou á solicitude do ditame do Consello de Estado ou órgano consultivo equivalente da comunidade autónoma, no caso de que houberen de solicitarse.

Debe engadirse neste aspecto que o acceso ao expediente para o propio interesado se formula propiamente como un dereito, de aí a referencia á Lei 19/2013, do 9 de decembro, de transparencia, acceso á información pública e bo goberno –as súas limitacións– que no ámbito da nosa comunidade autónoma debe ser completada co disposto na Lei galega 1/2016 de transparencia e bo goberno.

O prazo que se lles dea aos interesados para seren oídos non será nin inferior a dez días nin superior a quince, polo que se entende que o prazo concreto deberá ser especificado polo órgano encargado da notificación do trámite de audiencia. Ordinariamente será preciso, así mesmo, determinar o lugar e o horario no cal o expediente poderá ser consultado, así como os requisitos previos para iso (como pagamento de taxas por obtención de copias, por exemplo).

Sen prexuízo do carácter esencial do trámite, introdúcense dous supostos concretos nos que cabe prescindir del, coa finalidade, enténdese, de incrementar a celeridade do procedemento: cando, antes do vencemento do prazo, os interesados manifesten a súa decisión de non efectuar alegacións nin presentar novos documentos ou xustificacións, en cuxo caso se considerará realizado o trámite, e cando non figuren no procedemento nin se teñan en conta na resolución outros feitos nin outras alegacións e probas que as aducidas pola persoa interesada, en cuxo caso se poderá prescindir do trámite. Fora destes dous supostos concretos, a omisión do trámite de audiencia pode provocar a nulidade de todo o procedemento se aparece como demostrado que se produciu indefensión da persoa interesada.

Dito en palabras do Tribunal Supremo, a esencialidade do trámite de audiencia dos interesados está intimamente vinculada aos dereitos de contradición e defensa cuxa infracción debe ser revisada e corrixida en sede xurisdiccional como vulneración do artigo 105.c) da Constitución. En consecuencia, debe entenderse emendado o

defecto de falta de audiencia previa do particular cando este ten suficiente oportunidade de defensa en vía administrativa, e mesmo cando utiliza a vía xudicial; así chegou a afirmar o Tribunal Supremo que se considera emendada a audiencia previa pola posterior interposición dos correspondentes recursos en vía administrativa e xurisdiccional e pola actividade probatoria despregada nela.

Como é sabido, o concepto de indefensión desde o punto de vista constitucional reviste unha dobre dimensión, por canto que a unha indefensión formal co menoscabo do dereito de defensa se une tamén unha indefensión real e material que leva como consecuencia que non toda infracción e vulneración de normas procesuais conseguen unha indefensión en sentido xurídico constitucional, como reiteradamente sinalou o Tribunal Constitucional (sentenzas números 118/1983, 48/1986, 102/1987, 155/1988, 43/1989 e 145/1990). Na Sentenza do 24 de maio de 1995 sinala que “a indefensión con relevancia xurídico-constitucional se produce cando a vulneración das normas procesuais leva consigo a privación do dereito á defensa co conseguinte prexuízo real e efectivo para os intereses do afectado”.

En definitiva, a Constitución no artigo 24.1 non protexe en situacións de simple indefensión formal, senón en supostos de indefensión material nos que se producen razoablemente prexuízos ao recorrente, sen esquecer que os principios de economía procesual e de seguridade xurídica aboan tamén a tese dunha posible retroacción de actuacións e a eliminación desta cando, de producirse, daría lugar a unha mera repetición destas sen alteración dos termos do debate.

Así pois, o carácter esencial da audiencia do interesado deriva do feito de ser un medio para a efectividade do exercicio do dereito de defensa, que non pode considerarse á marxe da súa propia instrumentalidade. En consecuencia, a nulidade do acto ou do procedemento derivada da indefensión só está xustificada cando se perde a oportunidade de facer valer os propios argumentos ou de utilizar os pertinentes medios de proba para a defensa dos dereitos e intereses lexítimos nos termos que reconece o artigo 24 da Constitución e reitera a doutrina do Tribunal Constitucional ao distinguir as referidas indefensións materiais e formais.

Por último, recolle o precepto a referencia ás especialidades en materia de responsabilidade patrimonial, e asegura a participación do contratista naqueles procedementos seguidos por danos causados a terceiros durante a execución de contratos cando sexan consecuencia dunha orde inmediata e directa da Administración ou dos vicios do proxecto elaborado por ela mesma, sen prexuízo das especialidades: debe darse audiencia neste caso ao contratista e notificárselle cantas actuacións se realicen no procedemento, para o efecto de que compareza nel, expoña o que ao seu dereito conveña e propoña cantos medios de proba considere necesarios (so pena –segundo pode deducirse, aínda que non se estableza expresamente– de anular todo o actuado na súa ausencia, caso de producírselle –no senso que expuxemos– indefensión).

#### **REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Sentenza do Tribunal Supremo, do 24 de xuño de 2003, recurso de casación núm. 3/2002.

Sentenza do Tribunal Supremo, do 25 de febreiro de 1998, recurso de casación núm. 2393/1992.

Sentenza 159/2003 do Tribunal Constitucional, do 15 de setembro, recurso de amparo núm. 2980-2000.

Cobo Olvera, Tomas. *El régimen jurídico de las administraciones públicas y el procedimiento administrativo común. Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Análisis normativa, doctrinal y jurisprudencial* (terceira edición). Editorial La Lei.

### **Artigo 83. Información pública**

1. O órgano a que corresponda a resolución do procedemento, cando a natureza deste o requira, poderá acordar un período de información pública.

2. Para tal efecto, publicarase un anuncio no diario oficial correspondente a fin de que calquera persoa física ou xurídica poida examinar o expediente, ou a parte del que se acorde.

*O anuncio sinalará o lugar de exhibición e debe estar, en todo caso, ao dispor das persoas que o soliciten a través de medios electrónicos na sede electrónica correspondente, e determinará o prazo para formular alegacións, que en ningún caso poderá ser inferior a vinte días.*

3. *A incomparecencia neste trámite non impedirá aos interesados interpor os recursos procedentes contra a resolución definitiva do procedemento.*

*A comparecencia no trámite de información pública non outorga, por si mesma, a condición de interesado. Non obstante, os que presenten alegacións ou observacións neste trámite teñen dereito a obter da Administración unha resposta razoada, que poderá ser común para todas aquelas alegacións que aduzan cuestións substancialmente iguais.*

4. *Conforme o disposto nas leis, as administracións públicas poderán establecer outras formas, medios e vías de participación das persoas, directamente ou a través das organizacións e asociacións recoñecidas pola lei no procedemento en que se ditan os actos administrativos.*

## **COMENTARIO:**

A información pública que regula este artigo ten por finalidade fundamental poñer en coñecemento de posibles interesados a existencia dun procedemento administrativo iniciado por instancia doutros interesados ou de oficio por parte da Administración. Pode dicirse que é unha técnica ao servizo da participación cidadá e para unha mellor ilustración do órgano decisor sobre cuestións que son obxecto do procedemento: ábrese un prazo para que calquera persoa, e non só os interesados, poidan intervir formulando alegacións ou achegando datos.

A diferenza do que acontece co trámite de audiencia, non se trata de garantir intereses singulares; trátase de lle proporcionar á Administración o maior número de datos que permita unha decisión máis xusta e obxectiva, mediante unha consulta previa aberta a toda clase de alegacións e suxestións. Como sinalou Enterría, é un trámite “capaz de achegar ao expediente puntos de vista inicialmente descoñecidos e sacar á luz intereses cuxa existencia se presuma pero que non é posible identificar *a priori*”.



Pode dicirse que ambos os trámites, o de información pública e o de audiencia, teñen por finalidade a formulación de alegacións, pero as alegacións nun e outro caso non participan da mesma natureza. Así, malia a audiencia e a información pública teren en común ser actividades de achega de datos a través da presentación de alegacións por persoas distintas á propia Administración, diferéncianse en que as achegadas na audiencia poden considerarse como alegacións conclusivas –que conteñen crítica ou valoración de datos previamente achegados ao procedemento–, mentres que as que se solicitan na información pública poden considerarse como alegacións “de introdución” ou alegacións “de fixación”.

En canto ao modo de publicitar o inicio da fase de información pública, sinala o precepto que se publicará un anuncio no diario oficial correspondente co fin de que calquera persoa física ou xurídica poida examinar o expediente ou a parte del que se acorde. O anuncio sinalará o lugar de exhibición e debe estar, en todo caso, ao dispor das persoas que o soliciten a través de medios electrónicos na sede electrónica correspondente, e determinará o prazo para formular alegacións, que en ningún caso poderá ser inferior a vinte días.

A participación –previa– nesta fase non é un requisito imprescindible para interpoñer posteriormente recursos, xa que se dispón de xeito expreso que a non comparecencia neste trámite non lles impedirá ás persoas interesadas interpor os recursos procedentes contra a resolución definitiva do procedemento.

Pola contra, a comparecencia no trámite de información pública non outorga, por si mesma, a condición de interesado. Non obstante, os que presenten alegacións ou observacións neste trámite teñen dereito a obter da Administración unha resposta razoada, que poderá ser común para todas aquelas alegacións que aduzan cuestións substancialmente iguais.

Neste sentido, é conveniente ter en conta que, como ten sinalado a xurisprudencia, para que neste caso poidan entenderse cumpridos os trámites de audiencia e información pública, é necesario que a Administración non se conforme coa “mera formulación e recepción das diversas alegacións desas entidades e particulares”, é

necesario ademais “a repousada lectura destes pola Administración e a súa contestación específica sobre as razóns que leven á aceptación ou rexeitamento de tales alegacións, para así considerar integrado e realizado o trámite de audiencia pública, que debe posibilitar a corrección de erros, puntos de vista ou cambios de enfoque (...)”. É dicir, para entender cumprido este trámite non só formal, senón tamén materialmente, é necesario que a Administración non se limite a achegar, sen máis, ao expediente as alegacións formuladas durante este, senón que debe tomalas en consideración, valoralas e aceptalas ou rexeitalas, deixando diso debida constancia.

O sentido último do trámite de información pública é, precisamente, que por medio da participación cidadá se produzan alteracións respecto das previsións orixinarias, para que a intervención do cidadán poida facerse sentir no curso do procedemento e a participación resulte verdadeiramente efectiva. Non obstante, hai que ter en conta que as modificacións introducidas nos documentos iniciais debido ás alegacións que puidesen facerse non poden sen máis obrigar á reiteración do trámite, porque, á parte de que iso podería mesmo desincentivar a propia toma en consideración das suxestións formuladas, podería desembocar nun procedemento que non rematase nunca de pecharse de todo.

A nosa xurisprudencia, consciente de tales riscos, declarou, por exemplo, na Sentenza do 15 de abril de 2011 que “as previas modificacións dun texto normativo ao longo das diversas fases de audiencia e consulta previstas no procedemento legal de elaboración son a consecuencia natural do devandito procedemento. E só en supostos moi excepcionais nos que o texto final resulte non xa só substancialmente diferente do tramitado, senón que non caiba atribuír tales cambios á influencia dos diversos trámites aos que se somete o texto inicial –e, moi principalmente, aos de audiencia e solicitude de ditames ou informes–, poden considerarse incumpridos tales trámites”.

Pola Sentenza do 31 de marzo de 2003 declarou: “A Administración pode atender ou desatender esas observacións e propostas. Ten a facultade, por conseguinte, de recoller no texto sometido a audiencia as modificacións que se lle propoñan e lle parezan axustadas a

dereito. Doutro modo, o trámite de audiencia non tería finalidade. Agora ben, ao que a lei non obriga é a que cada modificación que se pretenda introducir no proxecto de norma regulamentaria como consecuencia da audiencia teña que ser sometida a un segundo trámite desta clase, o que igualmente valería para un terceiro e un cuarto”.

En consecuencia, como tamén dixo o Tribunal Supremo en relación especificamente con plans urbanísticos “a pretendida reiteración do trámite de información pública, nos supostos e respecto dos plans en que se considera procedente, vincúlase en todo caso á concorrencia dun ineludible presuposto, cal é que as alteracións introducidas teñan carácter substancial e veñan comportar conseguintemente a reconsideración do modelo do plan escollido”.

#### **REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Sentenza do Tribunal Supremo do 15 de abril de 2011, recurso de casación núm.75/2009.

Sentenza do Tribunal Supremo do 31 de marzo de 2003, recurso núm. 627/2000.

Sentenza do Tribunal Supremo do 16 de febreiro de 2009, recursos núm. 9414/2004.

García de Enterría, Eduardo e Ramón Fernández, Tomás (1993). *Curso de derecho administrativo II* (cuarta edición). Madrid: Editorial Civitas.

## **CAPÍTULO V**

### **Finalización do procedemento**

#### **SECCIÓN 1ª**

#### **Disposicións xerais**

#### **Artigo 84. Terminación**

1. *Porán fin ao procedemento a resolución, a desistencia, a renuncia ao dereito en que se funde a solicitude, cando tal renuncia non estea prohibida polo ordenamento xurídico, e a declaración de caducidade.*

*2. Tamén producirá a terminación do procedemento a imposibilidade material de continualo por causas sobrevidas. A resolución que se dite deberá ser motivada en todo caso.*

### **COMENTARIO:**

A Lei 39/1995, do 1 de outubro, do procedemento administrativo común das administracións públicas dedica o capítulo V do título IV ás normas sobre finalización do procedemento administrativo.

A clasificación clásica dos modos de terminación do procedemento administrativo é aquela que permite distinguir entre:

- As formas normais de terminación, suposto da resolución.
- As formas anormais ou anticipadas de terminación, que abranquen a desistencia, a renuncia, a caducidade e a imposibilidade sobrevinda.
- As formas excepcionais de terminación, suposto da terminación convencional.

O termo “resolución” empregado polo artigo transcrito debe concibirse nun sentido restritivo como aquela a través da cal a Administración se pronuncia acerca da solicitude formulada polo interesado ou, se se trata de procedementos iniciados de oficio, acerca do motivo determinante da súa incoación. Porén, tamén pode ser entendido nun sentido amplo, como aquel acto que pon fin ao procedemento malia que non resolva a cuestión de fondo exposta. Este é o suposto da desistencia, renuncia ou caducidade (formas anormais ou anticipadas de terminación) nas que tamén existe unha resolución administrativa; é dicir, un acto que ao declarar a caducidade ou ao aceptar a renuncia ou a desistencia declara ao mesmo tempo concluído o procedemento no que aquelas teñen lugar.

Xunto ás formas clásicas de terminación do procedemento administrativo (resolución, desistencia, renuncia, caducidade, imposibilidade sobrevida e terminación convencional), discútese se o propio silencio administrativo pode ter a consideración de modo de terminación. Se se parte da obrigaón de resolver que ten a Administración calquera que sexa a forma de iniciación do procedemento

(art. 21.1 da lei 39/2015), non parece que o silencio administrativo poida ser considerado como un modo de terminación; no entanto, o artigo 24.2 da mesma disposición sinala que “a estimación por silencio administrativo ten para todos os efectos a consideración de acto administrativo finalizador do procedemento”, mentres que o silencio desestimatorio ten o só efecto de lles permitir aos interesados a interposición do recurso administrativo ou contencioso-administrativo que resulte procedente.

Por iso, malia a existencia de posicións doutrinarias controvertidas, e dada a consideración xurisprudencial do silencio negativo como unha mera ficción que non exime a Administración da súa obrigación de ditar resolución expresa, este non pode ser estritamente considerado como unha forma de terminación do procedemento, a diferenza do silencio positivo que si merece tal consideración.

Como principios xerais de cada unha destas formas de terminación, agás da resolución e da terminación convencional das que me ocuparei nos seguintes artigos, pódense mencionar os seguintes:

Polo que se refire á renuncia e á desistencia, ambos son actos do interesado que producen a terminación do procedemento, o que dá lugar á terminación anormal do procedemento administrativo. O artigo 21.1 do parágrafo segundo desta mesma disposición legal establece una distinción entre renuncia e desistencia, pois o citado artigo fala de “renuncia do dereito” e de “desistencia da solicitude”. Polo tanto, malia que ambos producen a terminación do procedemento, existen diferenzas entre un e outro, pois a renuncia do dereito impide volver exercitalo no futuro e non pode volver abrirse un novo procedemento sobre o dereito renunciado, mentres que a desistencia afecta unicamente a solicitude formulada e non impide que no futuro poida volver formularse una nova solicitude derivada dese mesmo dereito que dea lugar a un novo procedemento administrativo.

En canto á caducidade, o Tribunal Supremo definiu xa a caducidade como un modo anormal de finalización do procedemento administrativo, determinado pola súa paralización durante o tempo establecido e no que non se realizan actos por aquel a quen corres-

ponde impulsar a súa prosecución (Sentenza do 1 de xuño de 1988 do Tribunal Supremo).

A caducidade aparece regulada non só neste artigo analizado, senón tamén no artigo 25.1.b) desta mesma lei. A diferenza radica en que mentres o artigo 84 regula a caducidade nos procedementos iniciados a solicitude do interesado cando se produce a súa paralización por causas imputables a este, o artigo 25 faino naqueles iniciados de oficio nos que a Administración exercita potestades sancionadoras ou, en xeral, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables ou de gravame e deixa transcorrer o prazo máximo establecido na lei sen ditar resolución expresa.

En último lugar, e no que respecta á imposibilidade sobrevida, esta terá lugar naqueles casos en que se produce a concorrencia de circunstancias que impiden que o procedemento alcance o seu fin. Como supostos nos que isto acontece poden mencionarse os seguintes: a morte do interesado, a modificación da situación xurídica dos interesados, as reformas lexislativas ou a perda sobrevida do obxecto do procedemento.

En todo caso, terase en conta que a imposibilidade sobrevida non constitúe por si mesma un modo de terminación, senón un motivo susceptible de producila. A terminación terá lugar coa resolución que declare esa imposibilidade de forma motivada.

#### **REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Sentenza 52/2014, do 10 abril de 2014, do Pleno do Tribunal Constitucional, cuestión de inconstitucionalidade núm. 2918/2005.

Sentenza do 1 xuño de 1988 do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo).

Ayala Muño, José María; García Gomez de Mercado, Francisco; Gutiérrez Delgado, José Manuel; Monedero Montero de Espinosa, José Ignacio; Ripoll Martínez de Bedoya, M.<sup>a</sup> Dolores; Rivero González, Manuel; Sanz Gandásegui, Francisco e Vega Labella, José Ignacio. *Régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo*. Editorial Thomson.

García de Enterría, Eduardo e Ramón Fernández, Tomás. *Curso de derecho administrativo II*.

### **Artigo 85. Terminación nos procedementos sancionadores**

1. *Iniciado un procedemento sancionador, se o infractor recoñece a súa responsabilidade, poderase resolver o procedemento coa imposición da sanción que proceda.*

2. *Cando a sanción teña unicamente carácter pecuniario ou ben caiba impoñer unha sanción pecuniaria e outra de carácter non pecuniario pero se xustificou a improcedencia da segunda, o pago voluntario polo presunto responsable, en calquera momento anterior á resolución, implicará a terminación do procedemento, salvo no relativo á reposición da situación alterada ou á determinación da indemnización polos danos e perdas causados pola comisión da infracción.*

3. *En ambos os casos, cando a sanción teña unicamente carácter pecuniario, o órgano competente para resolver o procedemento aplicará reducións de, ao menos, o 20 % sobre o importe da sanción proposta, que serán acumulables entre si. As citadas reducións deberán estar determinadas na notificación de iniciación do procedemento e a súa efectividade estará condicionada á desistencia ou renuncia de calquera acción ou recurso en vía administrativa contra a sanción.*

*A porcentaxe de redución prevista neste número poderá ser incrementada regulamentariamente.*

#### **COMENTARIO:**

Cabe a posibilidade de que o procedemento sancionador termine co recoñecemento de responsabilidade, posibilidade que xa estaba prevista na anterior Lei 30/1992, aínda que a nova lei de procedemento administrativo común establece unha regulación máis exhaustiva, ao prever de maneira específica os efectos do recoñecemento de responsabilidade.

Este artigo recolle unha resolución anticipada do procedemento sancionador con dúas variantes: o recoñecemento de responsabilidade do punto 1 e o pago voluntario do punto 2.

A primeira modalidade de terminación anticipada consiste no recoñecemento de responsabilidade en virtude do cal o suxeito se declara responsable da comisión dos feitos ilícitos que se lle imputan.

Poden sinalarse como presupostos deste recoñecemento os seguintes:

- Que o suxeito responsable coñeza os feitos ilícitos que se lle atribúen e, polo tanto, será necesario que se lle dea traslado do acordo de iniciación do procedemento, que ha de recoller o contido legalmente previsto.
- Para que o suxeito presuntamente responsable poida declararse como tal, será necesario que a Administración lle comunique esta posibilidade.
- A voluntariedade desa declaración.

En canto aos efectos do recoñecemento de responsabilidade, tal e como resulta do apartado 1 deste artigo, tras el o suxeito responsable non se librá da imposición da sanción que proceda, pois di o artigo que “se poderá resolver o procedemento coa imposición da sanción que proceda”.

Ademais, o artigo utiliza a expresión “poderase resolver o procedemento”, o que supón que esa resolución anticipada é unha mera facultade á disposición da autoridade administrativa.

Na práctica, o máis frecuente será que ante ese recoñecemento de responsabilidade se acorde a terminación do procedemento, ao resultar enervada a presunción de inocencia da que gozaba o interesado. Por iso, o recoñecemento de responsabilidade pode exonerar a Administración da carga de probar os feitos que voluntariamente foron admitidos.

No caso de que sexan varios os suxeitos responsables, é necesario distinguir se todos ou só algún deles recoñece a súa responsabilidade. Nestes casos, a Administración deberá decidir se se decanta por resolver o procedemento só respecto de quen recoñeceu a súa responsabilidade e continúa a súa tramitación respecto dos restantes ou se, pola contra, opta por continuar o procedemento para todos coma se ningún recoñecese a súa responsabilidade, cando entenda que o



recoñecemento de responsabilidade duns supón a culpabilidade dos restantes que non se declararon responsables.

Se o suxeito responsable procede a recoñecer a súa responsabilidade no ilícito cometido nos termos do acordo de iniciación, a Administración poderá declarar finalizado o procedemento coa imposición da correspondente sanción, declaración de vontade administrativa que produce plenos efectos en favor do interesado e que lle impide á Administración modificar posteriormente a sanción, senón en virtude do exercicio da declaración de lesividade.

Neste sentido pronunciouse a Sentenza do 1 febreiro 2012 da Audiencia Nacional, que sinala o seguinte: “Así as cousas, non pode ser modificado, nin que o órgano competente para resolver tivese a prevención de facerlle saber ao interesado que a cualificación reviste maior gravidade que a determinada na proposta de resolución, e concedéuselle o trámite de alegacións, que é inescusable e obrigado cando existe discrepancia coa proposta de resolución, porque se non vulneraríase a posibilidade de defensa previa á toma de decisión”.

Xunto ao recoñecemento de responsabilidade, o artigo 85 recolle outra modalidade de terminación anticipada, o pago voluntario, que ten lugar cando, unha vez iniciado o expediente, o presunto responsable paga voluntariamente a sanción pecuniaria que corresponda.

Son requisitos do pago voluntario os seguintes:

- Que a sanción teña unicamente carácter pecuniario ou ben que caiba impoñer unha sanción pecuniaria e outra de carácter non pecuniario, pero ha de estar xustificada a improcedencia da segunda.
- A pendencia dun procedemento sancionador, pois o pago terá lugar en calquera momento anterior á resolución daquel.
- É necesario que no acordo de iniciación se determine o importe concreto da sanción, pois se esta non se determina ata a proposta de resolución estarase privando o suxeito de pagar antes da resolución do procedemento.
- Implicará a terminación do procedemento a condición de que o pago tivese lugar con anterioridade a ditarse a resolución sancionadora que pon fin ao procedemento.

O pago voluntario supón a terminación do procedemento sancionador, aínda que segue existindo a obriga de reposición das cousas ao seu estado anterior ou a obriga de indemnizar os danos e perdas que puidesen derivarse da infracción.

O punto 3 deste artigo establece que, tanto no caso de recoñecemento de responsabilidade coma de pago voluntario, cando a sanción que se vaia impoñer sexa unicamente pecuniaria, o órgano competente aplicará unha redución de polo menos o 20 % sobre o importe da sanción proposta. Para iso, é necesario que na resolución de incoación do procedemento sancionador notificada ao interesado se faga constar de forma expresa esta posibilidade, e tamén a redución que proceda. A cambio, o interesado terá que desistir ou renunciar a calquera acción ou recurso en vía administrativa contra a sanción.

Como establece o citado artigo, a porcentaxe de redución será polo menos do 20 %, ao existir a posibilidade de que este se vexa incrementado regulamentariamente.

Esta forma de terminación convencional recollíase xa nalgúns leis especiais. Así, por exemplo, o artigo 92.1 da Lei 2/2012, do 28 de marzo, galega de protección xeral das persoas consumidoras e usuarias que, dentro da regulación do procedemento sancionador, dispón:

“As sancións pecuniarias impoñeranse, dentro dos límites máximos e mínimos correspondentes, nas contías seguintes:

a) Cunha redución dun setenta por cento nos supostos de conformidade co contido do acordo de iniciación de expediente sancionador, sempre que este non se inicie a consecuencia de denuncia ou reclamación dunha persoa prexudicada e se xustifica que se rectificaron as circunstancias da infracción cometida. Deberá manifestarse esta conformidade e xustificarse o ingreso da sanción coa dedución no prazo de alegacións concedido, e ese acordo poñerá fin ao procedemento. O ingreso da sanción coa dedución no prazo indicado supoñerá a conformidade co contido do acordo de iniciación.

b) No límite mínimo para a sanción prevista para a infracción imputada nos supostos de conformidade co contido do acordo de iniciación de expediente sancionador, sempre que

se procedese a satisfacer os consumidores prexudicados pola infracción e se xustifique que se rectificaron as circunstancias da infracción cometida. Neste suposto deberá manifestarse esta conformidade e xustificarse o ingreso da sanción coa dedución e a satisfacción aos prexudicados pola infracción no prazo dun mes desde a notificación do acordo, o que poñerá fin ao procedemento. O ingreso da sanción coa dedución no prazo indicado supoñerá a conformidade co contido do acordo de iniciación. Nese prazo deberá xustificarse, en todo caso, a satisfacción ás persoas prexudicadas pola infracción e han de rectificarse as circunstancias da infracción cometida.

c) Cunha redución dun vinte e cinco por cento nos supostos de conformidade coa resolución sancionadora, en cuxo caso deberá manifestarse esta conformidade e xustificarse o ingreso da sanción coa redución no prazo dun mes desde a notificación da resolución. O ingreso da sanción coa dedución no prazo indicado supoñerá a conformidade coa resolución sancionadora.

2. A interposición de recursos administrativos ou ante a xurisdición contencioso-administrativa supoñerá a perda da redución realizada”.

#### **REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Sentenza do 1 febreiro 2012 da Audiencia Nacional (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 5.<sup>a</sup>), recurso de apelación núm. 153/2011.

Garberí Llobregat, José e Buitrón Ramírez, Guadalupe. *El procedimiento administrativo sancionador*.

#### **Artigo 86. Terminación convencional**

1. *As administracións públicas poderán celebrar acordos, pactos, convenios ou contratos con persoas tanto de dereito público como privado, sempre que non sexan contrarios ao ordenamento xurídico nin versen sobre materias non susceptibles de transacción e teñan por obxecto satisfacer o interese público que teñen encomendado, co alcance, efectos e réxime*

*xurídico específico que, se for o caso, prevexa a disposición que o regule, e tales actos poderán ter a consideración de finalizadores dos procedementos administrativos ou inserirse neles con carácter previo, vinculante ou non, á resolución que lles poña fin.*

*2. Os citados instrumentos deberán establecer como contido mínimo a identificación das partes intervinientes, o ámbito persoal, funcional e territorial, e o prazo de vixencia, e deben publicarse ou non segundo a súa natureza e as persoas a que estiveren destinados.*

*3. Requirirán en todo caso a aprobación expresa do Consello de Ministros ou órgano equivalente das comunidades autónomas dos acordos que versen sobre materias da competencia directa do dito órgano.*

*4. Os acordos que se subscriban non suporán alteración das competencias atribuídas aos órganos administrativos, nin das responsabilidades que correspondan ás autoridades e aos funcionarios, relativas ao funcionamento dos servizos públicos.*

*5. Nos casos de procedementos de responsabilidade patrimonial, o acordo alcanzado entre as partes deberá fixar a contía e o modo de indemnización de acordo cos criterios que para calculala e aboala establece o artigo 34 da Lei de réxime xurídico do sector público.*

## **COMENTARIO:**

O artigo 86 recolle a posibilidade de poñer fin aos procedementos mediante a terminación convencional, a través de acordos, pactos, convenios ou contratos con persoas de dereito público ou de dereito privado, dentro dos límites legais. Este artigo pretende establecer só un marco xeral, pois serán as normas especiais reguladoras de procedementos concretos as que definan o seu alcance, efectos e réxime xurídico (“... co alcance, efectos e réxime xurídico específico que, se for o caso, prevexa a disposición que o regule”).

Coa expresión “terminación convencional” estase facendo referencia neste artigo a tres cuestións distintas:

- Terminación convencional propiamente dita. Neste caso, o acordo ao que chegan a Administración e o interesado terá a consideración de acto finalizador do procedemento.

- Acordo ou pacto entre a Administración e o interesado, que fixa con carácter vinculante os datos que serán tidos en conta ao ditar o acto de terminación.
- Acordo ou pacto entre a Administración e o interesado que se insire no procedemento e que serve de antecedente non vinculante do acto terminal.

Destes tres supostos, unicamente poderá falarse de terminación convencional no primeiro deles, en que se dita un acordo que substitúe o normal pronunciamento unilateral sobre a cuestión de fondo que pon fin ao procedemento. Os outros acordos non terán a consideración de actos finalizadores do procedemento, pois limítanse a fixar os datos que serán tidos en conta ao ditar o acto finalizador.

Os acordos, pactos, convenios ou contratos que poñan fin ao procedemento deben cumprir unha serie de requisitos:

1. Non poden ser contrarios ao ordenamento xurídico.

2. Non poden terminar o procedemento de forma convencional cando se trate de materias non susceptibles de transacción. En canto ás materias susceptibles de transacción, serán aquelas que en cada momento autorice o dereito positivo. Porén, en termos xerais, non se poderá pactar sobre a competencia administrativa, sobre a responsabilidade das autoridades e funcionarios públicos, nin sobre o fin perseguido polo procedemento administrativo. Neste punto traemos a colación a antiga Sentenza do Tribunal Supremo do 30 de abril de 1979 na que se axuizaba un convenio no que un determinado concello comprometía o exercicio de potestades públicas en beneficio dun particular; nel o concello obrigábase a concederlle unha licenza de construción a ese particular, unha actividade administrativa regrada; ao mesmo tempo, o concello obrigábase a impedir construcións en fronte dos edificios amparados por aquela licenza; obrigábase tamén a modificar a cualificación xurídica dun terreo e, por último, a revogar un acto administrativo anterior ordenando a derruba de vivendas edificadas sen licenza por aquel interesado. Como contraprestación, o concello percibiría unha indemnización de tres millóns de pesetas. A conclusión á que chega o Tribunal Supremo é a seguinte:

“O obxecto do contrato polo que se refire a aquilo a que quedou obrigado o concello está fora do tráfico xurídico, pois son as mesmas potestades administrativas de exercicio rigorosamente regrado as que a corporación compromete e allea, á marxe de toda legalidade. Polo tanto, en aplicación do artigo 1271 do Código civil, non pode estimarse validamente constituído o pretendido negocio contractual pola falta de obxecto idóneo, e serán nulas e sen posibilidade de exercicio legal as obrigacións asumidas pola corporación. Reciprocamente, as contraprestacións ás que o contratante señor C. se obriga tamén pasan a ser non esixibles en canto á causa delas e por tratarse dun pretendido contrato de carácter oneroso atoparíanse na prestación ou promesa ofrecidas polo outro contratante –neste caso, o Concello de Murgados– que, ao ser imposibles ou ilícitas, determinan a aplicación do artigo 1275 do Código civil en canto establece que os contratos sen causa ou con causa ilícita non producen efecto ningún”.

3. Debe ter por obxecto a satisfacción do interese público encomendado á Administración interviniente.

4. Debe axustarse á norma sectorial que prevexa a súa aplicación e ha de fixar o alcance, efectos e réxime xurídico do convenio ou pacto.

5. Non pode alterar as competencias atribuídas aos órganos administrativos nin as responsabilidades das autoridades e funcionarios relativas ao funcionamento dos servizos públicos.

Estes instrumentos convencionais deberán ter o seguinte contido mínimo:

- a) A identificación das partes intervinientes.
- b) O ámbito de aplicación: persoal, funcional e territorial.
- c) O prazo de vixencia.
- d) Publicaranse ou non, segundo a súa natureza e as persoas ás que estean destinados. O criterio xeral é que haberán de ser obxecto de publicación cando substitúan as resolucións que terían que publicarse, mentres que non será obrigatoria a pu-

blicación cando substitúan as resolucións, para as que bastaría a notificación persoal.

Ademais, nos procedementos de responsabilidade patrimonial, o acordo alcanzado entre as partes deberá fixar, en todo caso, a contía e o modo de indemnización, de acordo cos criterios que para este cálculo se prevén no artigo 34 da Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público.

Un exemplo deste tipo de acordos atopámolo:

- No artigo 34.4 da Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público, que sinala que “a indemnización procedente poderá substituírse por unha compensación en especie ou ser aboada mediante pagos periódicos cando resulte máis adecuado para lograr a reparación debida e conveña ao interese público, sempre que exista acordo co interesado”.
- No artigo 24 da Lei, do 16 de decembro de 1954, de expropiación forzosa, ao recoller os convenios expropiatorios e sinalar que “a Administración e o particular a quen se refira a expropiación poderán convir a adquisición dos bens ou dereitos que son obxecto daquela libremente e por mutuo acordo; nese caso, unha vez convidados os termos da adquisición amigable, darase por concluído o expediente iniciado. En caso de que no prazo de quince días non se chegase a tal acordo, seguirase o procedemento que se establece nos artigos seguintes, sen prexuízo de que en calquera estado posterior da súa tramitación poidan ambas as partes chegar a este mutuo acordo”.
- Ou en materia de defensa da competencia, onde a terminación convencional é práctica admisible, ao recollela expresamente o artigo 52 da Lei 15/2007, do 3 de xullo, de defensa da competencia, que sinala que “1. O Consello da Comisión Nacional da Competencia, a proposta da Dirección de Investigación, poderá resolver a terminación do procedemento sancionador en materia de acordos e prácticas prohibidas cando os presuntos infractores propoñan compromisos que resolvan os efectos sobre a competencia derivados das condutas obxecto do expediente e quede garantido suficientemente o interese

público. 2. Os compromisos serán vinculantes e producirán plenos efectos unha vez incorporados á resolución que poña fin ao procedemento. 3. A terminación do procedemento nos termos establecidos neste artigo non poderá acordarse unha vez elevado o informe proposta previsto no artigo 50.4”.

#### **REFERENCIAS XURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Sentenza do 30 abril 1979 do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo), RJ 1979/1592.

Ayala Muño, José María; García Gomez de Mercado, Francisco; Gutiérrez Delgado, José Manuel; Monedero Montero de Espinosa, José Ignacio; Ripoll Martínez de Bedoya, M.<sup>a</sup> Dolores; Rivero González, Manuel; Sanz Gandásegui, Francisco e Vega Labella, José Ignacio. *Régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo*. Editorial Thomson.

García de Enterría, Eduardo e Ramón Fernández, Tomás. *Curso de derecho administrativo I*, 13.<sup>a</sup> edición.

González Pérez, Jesús e González Navarro, Francisco. *Comentarios a la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, Ley 30/1992, de 26 de noviembre*.

### **SECCIÓN 2.<sup>a</sup>**

#### **Resolución**

#### **Artigo 87. Actuacións complementarias**

*Antes de ditar resolución, o órgano competente para resolver poderá decidir, mediante acordo motivado, a realización das actuacións complementarias indispensables para resolver o procedemento. Non terán a consideración de actuacións complementarias os informes que preceden inmediatamente a resolución final do procedemento.*

*O acordo de realización de actuacións complementarias notificarase aos interesados e concederáselles un prazo de sete días para formular as alegacións que teñan por pertinentes tras a finalización daquelas. As actuacións complementarias deberán practicarse nun prazo non superior a*



*quinze días. O prazo para resolver o procedemento quedará suspendido ata a terminación das actuacións complementarias.*

### **COMENTARIO:**

A facultade de acordar a práctica de actuacións complementarias correspóndelle en exclusiva ao órgano competente para resolver cando este considere que falta algún elemento de xuízo indispensable para emitir a resolución. A súa adopción deberá realizarse a través de acordo motivado e antes de ditar a resolución que poña fin ao procedemento.

O acordo de realización de actuacións complementarias notificáraselles aos interesados, que disporán dun prazo de 7 días tras a finalización destas para formular as alegacións que estimen pertinentes.

A lei fixa tamén un prazo de 15 días para a súa práctica, transcorrido o cal se renovará o prazo para resolver o procedemento que quedase en suspenso tras acordarse a súa realización.

En canto aos efectos, o acordo de realización de actuacións complementarias suspenderá o prazo para ditar a resolución que poña fin ao procedemento, pero sen incidir sobre o prazo de caducidade, cuxo cómputo non se verá afectado pola realización ou non destas actuacións.

Contra o acordo de realización de actuacións complementarias non cabe recurso ningún por ser un acto de trámite non cualificado (art. 112 da Lei 39/2015, do 1 de outubro, do procedemento administrativo común das administracións públicas).

Os informes que preceden de forma inmediata a resolución final do procedemento non terán a consideración de actuacións complementarias.

### **REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Sentenza do 18 xaneiro 2016 do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 3.<sup>a</sup>), recurso de casación núm. 2359/2013.

Ayala Muño, José María; García Gomez de Mercado, Francisco; Gutiérrez Delgado, José Manuel; Monedero Montero de Espinosa, José Ignacio; Ripoll Martínez de Bedoya, M.<sup>a</sup> Dolores; Rivero González, Manuel; Sanz Gandásegui, Francisco e Vega Labella, José Ignacio. *Régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo*. Editorial Thomson.

Cobo Olvera, Tomás. *El régimen jurídico de las administraciones públicas y el procedimiento administrativo común. Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Análisis normativo, doctrinal y jurisprudencial*. Editorial La Ley, 3.<sup>a</sup> edición.

## Artigo 88. Contido

1. A resolución que poña fin ao procedemento decidirá todas as cuestións expostas polos interesados e aquelas outras derivadas del.

Cando se trate de cuestións conexas que non fosen expostas polos interesados, o órgano competente poderá pronunciarse sobre elas mesmas, pón道o antes de manifesto a aqueles por un prazo non superior a quince días, para que formulen as alegacións que estimen pertinentes e presenten, se for o caso, os medios de proba.

2. Nos procedementos tramitados por solicitude do interesado, a resolución será congruente coas peticións formuladas por este, sen que en ningún caso poida agravar a súa situación inicial e sen prexuízo da potestade da Administración de incoar de oficio un novo procedemento, se procede.

3. As resolucións conterán a decisión, que será motivada nos casos a que se refire o artigo 35. Expresarán, ademais, os recursos que contra ela procedan, o órgano administrativo ou xudicial ante o cal teñan que presentarse e o prazo para interpo-los, sen prexuízo de que os interesados poidan exercitar calquera outro que consideren oportuno.

4. Sen prexuízo da forma e lugar sinalados polo interesado para a práctica das notificacións, a resolución do procedemento ditarase electronicamente e garantirá a identidade do órgano competente, así como a autenticidade e integridade do documento que se formalice mediante o emprego dalgún dos instrumentos previstos nesta lei.

5. *En ningún caso poderá a Administración absterse de resolver co pretexto de silencio, escuridade ou insuficiencia dos preceptos legais aplicables ao caso, aínda que poderá acordarse a inadmisión das solicitudes de recoñecemento de dereitos non previstos no ordenamento xurídico ou manifestamente carentes de fundamento, sen prexuízo do dereito de petición previsto polo artigo 29 da Constitución.*

6. *A aceptación de informes ou ditames servirá de motivación á resolución cando se incorporen ao texto desta.*

7. *Cando a competencia para instruír e resolver un procedemento non recaia nun mesmo órgano, será necesario que o instructor o eleve ao órgano competente para resolver un proposta de resolución.*

*Nos procedementos de carácter sancionador, a proposta de resolución deberá ser notificada aos interesados nos termos previstos no artigo seguinte.*

#### **COMENTARIO:**

A resolución, como xa vimos no comentario ao artigo 84, é o modo normal de terminación do procedemento administrativo, resolución que resulta obrigada de acordo co establecido no artigo 21, e a Administración non pode absterse de ditala co pretexto de silencio, escuridade ou insuficiencia dos preceptos legais aplicables.

Como é lóxico, a resolución será ditada polo órgano competente, e pode ditarse por delegación deste. Neste caso, terá que facerse constar expresamente esta circunstancia e a resolución entenderase adoptada polo órgano delegante (art. 9.4 da Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público).

O artigo 88 proclama o principio de congruencia das resolucións administrativas que se axustarán a tal principio, non só cando atendan o pretendido e alegado polos interesados con independencia de que o acollan ou finalmente sexa rexeitado, senón tamén cando resolvan aquelas cuestións que resulten do expediente, con independencia das pretensións formuladas por aqueles; e neste caso respectarase o principio de contradición que esixe que estas cuestións se poñan de manifesto aos interesados por un prazo de 15 días para que

poidan formular alegacións e achegar probas sobre estas (as chamadas cuestións conexas).

En calquera caso, a resolución non poderá agravar a situación inicial do interesado (a chamada prohibición da *reformatio in peius*).

As resolucións serán motivadas nos casos do artigo 35. Para que a resolución cumpra este requisito evitará formulacións xenéricas carentes de calquera contido ou aquelas que se limiten a invocar preceptos xerais (por exemplo, sobre a infracción cometida e a súa correspondente sanción), sen chegar a razoar por que se pode encadrar a conduta sancionada no tipo infractor.

Como regra xeral, a falta de motivación é motivo de anulabilidade, aínda que por exemplo no caso das sancións isto non é así, xa que ao estar en xogo un dereito fundamental prodúcese a nulidade radical. Cando os tribunais aprecien tal vicio declarararán a invalidez da resolución; porén, por razóns de economía procesual e tutela xudicial efectiva, en lugar de acordar a retroacción de actuacións co fin de que a Administración dite outro acto debidamente motivado, entrarán a coñecer directamente sobre o fondo do asunto se constan nos autos datos e probas que permitan tomar a decisión que proceda.

En principio, non será admisible que a falta de motivación da resolución administrativa se emende en vía xudicial con informes que expliquen e fundamenten o criterio administrativo adoptado, pois ao ser elaborados con posterioridade ao acto impugnado non poden servir de motivación a este.

A xurisprudencia consolidada do Tribunal Constitucional sobre a motivación dos actos administrativos establece o seguinte:

- a) A motivación é esencial para exteriorizar o fundamento xurídico da decisión e para permitir o seu control, pero non é necesario que sexa exhaustiva mentres permita esas dúas finalidades.
- b) A utilización de formularios ou modelos é correcta se con esa resposta xenérica se lle dá unha adecuada resposta ao problema exposto, o que permite coñecer as razóns da decisión.

- c) Cabe a motivación por remisión ao expediente e a informes e, neste sentido, o Tribunal Supremo precisa que “no dereito positivo español a motivación pode recollese no propio acto, ou pode atoparse nos informes ou ditames previos cando o acto administrativo se produza de conformidade con estes mesmos que queden incorporados á resolución (STS do 14 de setembro de 2012).
- d) Requirit a motivación do acto administrativo discrecional é tamén garantía da interdición da arbitrariedade do poder público e de que o seu control non é tarefa allea á función xurisdiccional (art. 106.1 da CE). En definitiva, a Administración estará en todo momento en condicións de explicar que non exerceu de forma arbitraria as súas facultades discretionais, e de modo máis rigoroso se a súa actuación afecta os dereitos fundamentais, liberdades públicas e valores constitucionais.

A resolución expresará, ademais, os recursos que procedan contra esta, o órgano administrativo ou xudicial ante o que deben presentarse e o prazo para interpoñelos.

En relación con este extremo, a xurisprudencia declarou que a confusión ou erro no ofrecemento de recursos imputable á Administración non pode prexudicar o recorrente, de xeito que se a Administración non inclúe correctamente nas súas resolucións o denominado “pé de recurso” (ben porque ao non ditar resolución expresa tampouco indica o recurso pertinente ou ben porque o indica erroneamente) ao interesado non lle correrán os prazos para formular recursos administrativos nin contenciosos de maneira indefinida. Así o estableceu o Tribunal Supremo, na súa Sentenza do 18 de maio de 2012, na que establece que “a interposición de recursos improcedentes en vía administrativa non interrompe o transcurso dos prazos para a interposición do recurso contencioso-administrativo. Agora ben, esta aseveración foi matizada en relación cos casos en que a equivocada interposición dun recurso administrativo improcedente se debeu a unha errónea indicación ou ofrecemento de recursos pola propia Administración con ocasión da notificación ou publicación do acordo impugnado. En tales casos, a xurisprudencia puntualiza

que a confusión ou erro no ofrecemento de recursos, imputable á Administración, non pode prexudicar o recorrente”.

Por último, convén sinalar que a resolución final do procedemento normalmente vai precedida dunha proposta de resolución que o órgano encargado de tramitar o procedemento eleva ao competente para resolver, proposta que se emitirá inmediatamente despois de cumprir o trámite de audiencia (art. 82). A ausencia de notificación da proposta de resolución no procedemento sancionador será causa de nulidade da resolución sancionadora.

A proposta de resolución vincula o órgano competente para resolver, xa que calquera agravamento da sanción requirirá a audiencia do presunto responsable. Este agravamento debe entenderse en sentido amplo, tanto respecto da sanción e da súa extensión, coma respecto das responsabilidades que se impoñan.

A proposta de resolución será requirida soamente cando sexan distintos o órgano que instrúe e o que resolve, de maneira que este último poida valorar o parecer do particular á vista daquela (ex artigo 88.7 da LPAC).

#### **REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Sentenza do 14 de setembro de 2012 do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 7.<sup>a</sup>), recurso de casación núm. 1359/2011.

Sentenza do 19 de febreiro de 2013 do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo), recurso de casación núm. 6429/2011.

Sentenza do 31 de maio de 2012 do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo), recurso de casación núm. 3090/2011.

Sentenza do 19 de decembro de 2008 do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo), recurso de casación núm. 6290/2004.

Sentenza do 14 de xaneiro de 2010 do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo), recurso de casación núm. 6578/2005.

Sentenza do 18 de maio de 2012 do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo), recurso de casación núm. 6014/2008.

Ayala Muño, José María; García Gomez de Mercado, Francisco; Gutiérrez Delgado, José Manuel; Monedero Montero de Espinosa, José Ignacio; Ripoll Martínez de Bedoya, M.<sup>a</sup> Dolores; Rivero González, Manuel; Sanz Gandásegui, Francisco e Vega Labella, José Ignacio. *Régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo*. Editorial Thomson.

Cobo Olvera, Tomás. *El régimen jurídico de las administraciones públicas y el procedimiento administrativo común. Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Análisis normativo, doctrinal y jurisprudencial*. Editorial La Ley, 3.<sup>a</sup> edición.

García de Enterría, Eduardo e Ramón Fernández, Tomás. *Curso de derecho administrativo I*. 13.<sup>a</sup> edición.

### **Artigo 89. Proposta de resolución nos procedementos de carácter sancionador**

1. O órgano instructor resolverá a finalización do procedemento, con arquivamento das actuacións, sen que sexa necesaria a formulación da proposta de resolución, cando na instrución do procedemento se poña de manifesto que concorre algunha das seguintes circunstancias:

- a) A inexistencia dos feitos que puideren constituír a infracción.
- b) Cando o feitos non resulten acreditados.
- c) Cando os feitos probados non constituían, de modo manifesto, infracción administrativa.
- d) Cando non exista ou non se puidese identificar a persoa ou persoas responsables ou ben aparezan exentas de responsabilidade.
- e) Cando se conclúa, en calquera momento, que prescribiu a infracción.

2. No caso de procedementos de carácter sancionador, unha vez concluída a instrución do procedemento, o órgano instructor formulará unha proposta de resolución que deberá ser notificada aos interesados. A proposta de resolución deberá indicar a posta de manifesto do procedemento e o prazo para formular alegacións e presentar os documentos e informacións que se consideren pertinentes.

3. Na proposta de resolución fixaranse de forma motivada os feitos que se consideren probados e a súa exacta cualificación xurídica, determinarase a infracción que, se for o caso, aqueles constitúan, a persoa ou persoas responsables e a sanción que se propoña, a valoración das probas practicadas, en especial aquelas que constitúan os fundamentos básicos da decisión, así como as medidas provisionais que, se for o caso, se adoptasen. Cando a instrución conclúa a inexistencia de infracción ou responsabilidade e non se faga uso da facultade prevista no número primeiro, a proposta declarará esa circunstancia.

#### COMENTARIO:

Se durante a instrución do procedemento concorre algunha das circunstancias enumeradas no punto primeiro deste artigo, o órgano instrutor ditará resolución na que acordará a súa finalización co arquivamento das actuacións.

De non concorrer ningunha das circunstancias enumeradas no punto primeiro do artigo, e unha vez finalizada a fase de instrución do procedemento, o instrutor formulará a proposta de resolución que lles notificará aos interesados e indicarlles a posta de manifesto do expediente para os efectos de que poidan obter copias dos documentos contidos neste (artigo 53 desta mesma disposición) e o prazo de que dispoñen para formular alegacións e achegar os documentos e as informacións que estimen pertinentes.

Toda proposta de resolución ha de presentar o seguinte contido mínimo:

- Os feitos probados e constitutivos da infracción administrativa que se imputa.
- A súa cualificación xurídica indicando a norma sancionadora que resulta de aplicación, así como as circunstancias agravantes ou atenuantes que concorran, para os efectos de cumprir co principio de tipicidade.

A cualificación xurídica dos feitos efectuada na proposta de resolución non vinculará o órgano competente para resolver, pois se este considera que a infracción ou a sanción revisten



maior gravidade que a determinada na proposta de resolución notificarallo ao inculpado para que formule cantas alegacións estime convenientes no prazo de quince días (art. 90.2 desta Lei 39/2015), co que se garante o principio de contradición.

- A persoa ou persoas que resulten responsables e a sanción que para elas se propoña.

Como dixemos, a sanción proposta non vinculará necesariamente o órgano competente para resolver, que finalmente poderá acordar a imposición dunha sanción máis grave, aínda que para iso será necesario que se notifique o inculpado para os efectos de que poida formular as alegacións que a este respecto estime pertinentes (art. 90.2 desta Lei 39/2015).

- A valoración das probas practicadas, e en especial daquelas que constitúan os fundamentos básicos da decisión e respecto das cales será necesaria unha motivación máis exhaustiva que indique o valor que lle outorga a esa proba o instrutor do procedemento, co fin de que sexa especialmente tida en conta polo órgano competente para resolver, por proporcionarlle elementos de xuízo que lle permitirán fundamentar a resolución que poña fin ao procedemento.
- As medidas provisionais que se adoptaron.

A proposta declarará igualmente a inexistencia de infracción ou responsabilidade cando, de estimar a concorrencia de calquera destes extremos, o instrutor non fixese uso da facultade de ditar resolución acordando a finalización do procedemento co arquivamento das actuacións.

En canto á natureza da proposta de resolución, esta cualificarase como un mero acto de trámite non cualificado e, polo tanto, non susceptible de impugnación.

En canto á falta de notificación ao interesado da proposta de resolución, este defecto procedemental será constitutivo dunha mera irregularidade non invalidante sempre que non xere indefensión. Neste sentido, tráese a colación o establecido polo Tribunal Constitucional na súa Sentenza do 26 de setembro de 2011, que dispón:

“Precisamente, neste caso a imposición da sanción de expulsión, en lugar da de multa, sustentouse nos novos datos incorporados na proposta de resolución. Eses feitos novos incorporados á proposta de resolución, que non foi notificada, non implicaban unha nova cualificación xurídica nin tampouco a imposición dunha sanción distinta da anunciada, pero si eran relevantes desde o punto de vista da licitude da opción da Administración en favor da sanción de expulsión fronte á de multa. Porén, malia isto, non lle foi posible ao demandante de amparo cuestionar a relevancia desas detencións (que foron determinantes da elección da sanción entre as dúas posibles) mediante os documentos acreditativos do arquivamento ou da súa absolución nos procedementos correspondentes, algo que só puido facer na vía xudicial, precisamente como consecuencia da falta de notificación da proposta de resolución.

Producida a vulneración do dereito de defensa no transcurso do procedemento administrativo sancionador, o feito de que o demandante de amparo gozase posteriormente no proceso xudicial da posibilidade de alegar e probar canto considerou oportuno para a mellor defensa dos seus dereitos e intereses, non emenda a vulneración do dereito á defensa ocasionada no procedemento administrativo sancionador previo, pois a vixencia do principio de contradición predícase precisamente do procedemento administrativo sancionador, no que debe respectarse o seu exercicio

Iso é así, entre outras razóns, porque non existe un proceso contencioso-administrativo sancionador onde haxa de actuar o *ius puniendi* do Estado, senón un proceso contencioso-administrativo cuxo obxecto o constitúe a revisión dun acto administrativo de imposición dunha sanción.

A falta de notificación da proposta de resolución non será causa de nulidade radical ou absoluta ao non estar prevista na relación de *numerus clausus* do artigo 47 da Lei 39/2015, do 1 de outubro, pero poderá ser causa de anulabilidade se o acto carece dos requisitos indispensables para alcanzar o seu fin, se

se dita fóra do prazo previsto cando este teña un valor esencial, ou se produce unha situación de indefensión; é dicir, cando se provoque unha diminución real, efectiva e transcendente de garantías”.

Así o establece o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia na súa Sentenza do 28 de setembro de 2011 que, en relación ao establecido na antiga Lei 30/1992, sinalou o seguinte: “A omisión da notificación da proposta de resolución non supón por si mesma motivo de nulidade radical ou absoluta do artigo 62 da Lei 30/1992 ( RCL 1992, 2512, 2775 e RCL 1993, 246), xa que esta situación non está prevista como unha das causas de nulidade (relación de *numerus clausus*) do referido precepto legal.

Cousa distinta é se a tal irregularidade formal do procedemento se lle pode recoñecer tan sequera virtude invalidante de segundo grao, anulabilidade e, neste sentido, hai que dicir que a anulabilidade por vicios de forma (art. 63 da LRJ-PAC) só é posible naqueles casos excepcionais en que o acto careza dos requisitos indispensables para alcanzar o seu fin, se se dita fóra do prazo previsto cando este teña un valor esencial, ou se produce unha situación de indefensión; é dicir, cando se provoque unha diminución real, efectiva e transcendente de garantías. E será de aplicación a doutrina do Tribunal Supremo que sinala que, se os vicios non produciron indefensión, en lugar da anulación do acto por motivos formais, para reproducir o procedemento coa posibilidade de que a nova resolución sexa de idéntico sentido resulta procedente que o Tribunal se pronuncie sobre o fondo do asunto.

No caso de que se examina, o defecto formal referido non lle produciu indefensión ao recorrente, pois presentou os correspondentes escritos de alegacións, ademais do escrito de interposición do recurso ordinario, polo que procede desestimar o referido motivo de impugnación”.

#### **REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Sentenza 145/2011, do 26 de setembro de 2011 (Sala Segunda do Tribunal Constitucional), recurso de amparo núm. 4837/2006.

Sentenza 1312/2001, do 28 setembro de 2001, do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 2.<sup>a</sup>), recurso contencioso-administrativo núm. 6169/1998.

Avogacía Xeral do Estado. Dirección do Servizo Xurídico do Estado (2005). *Manual de derecho administrativo sancionador*. Thomson Aranzadi.

Garberi Llobregat, José e Buitrón Ramírez, Guadalupe. *El procedimiento administrativo sancionador*. Editorial Tirant Lo Blanch Tratados.

### **Artigo 90. Especialidades da resolución nos procedementos sancionadores**

1. *No caso de procedementos de carácter sancionador, ademais do contido previsto nos dous artigos anteriores, a resolución incluírá a valoración das probas practicadas, en especial aquelas que constituían os fundamentos básicos da decisión, fixarán os feitos e, se for o caso, a persoa ou persoas responsables, a infracción ou infraccións cometidas e a sanción ou sancións que se impoñen, ou ben a declaración de non existencia de infracción ou responsabilidade.*

2. *Na resolución non se poderán aceptar feitos distintos dos determinados no curso do procedemento, con independencia da súa diferente valoración xurídica. Non obstante, cando o órgano competente para resolver considere que a infracción ou a sanción revisten maior gravidade que a determinada na proposta de resolución, notificarase ao inculpado para que formule cantas alegacións estime convenientes no prazo de quince días.*

3. *A resolución que poña fin ao procedemento será executiva cando non caiba contra ela ningún recurso ordinario en vía administrativa, e nela poderán adoptarse as disposicións cautelares precisas para garantir a súa eficacia mentres non sexa executiva e que poderán consistir no mantemento das medidas provisionais que, se for o caso, se adoptaron.*

*Cando a resolución sexa executiva, poderase suspender cautelarmente se o interesado manifesta á Administración a súa intención de interpor recurso contencioso-administrativo contra a resolución firme en vía administrativa. A dita suspensión cautelar finalizará cando:*

a) *Transcorrese o prazo legalmente previsto sen que o interesado interpuxese recurso contencioso-administrativo.*

b) *Tendo o interesado interposto recurso contencioso-administrativo:*

1.º *Non se solicitase no mesmo trámite a suspensión cautelar da resolución impugnada.*

2.º *O órgano xudicial se pronuncie sobre a suspensión cautelar solicitada, nos termos previstos nela.*

4. *Cando as condutas sancionadas causasen danos ou perdas ás administracións e a contía destinada a indemnizar estes danos non quedase determinada no expediente, fixarase mediante un procedemento complementario, cuxa resolución será inmediatamente executiva. Este procedemento será susceptible de terminación convencional, pero nin esta nin a aceptación polo infractor da resolución que se poida ditar implicarán o recoñecemento voluntario da súa responsabilidade. A resolución do procedemento porá fin á vía administrativa.*

### **COMENTARIO:**

Os principios da potestade sancionadora establécense actualmente nos artigos 25 a 31 da Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público, mentres que a Lei 39/2015, do 1 de outubro, do procedemento administrativo común das administracións públicas, recolle a regulación dos aspectos procedementais da potestade administrativa sancionadora.

Con carácter previo, deben sinalarse as principais novidades que introduce a Lei 40/2015 en materia de potestade sancionadora, e poden destacarse como tales as seguintes:

- O artigo 26.2 da Lei 40/2015 sinala que “as disposicións sancionadoras producirán efecto retroactivo en canto favorezan o presunto infractor ou o infractor, mesmo respecto das sancións pendentes de cumprimento ao entrar en vigor a nova disposición”.

No seo do procedemento administrativo sancionador, antes de ditarse a resolución sancionadora debe determinarse se concorren os requisitos que permitan a aplicación do princi-

prio de retroactividade da norma sancionadora máis favorable, principio que ata agora se atopaba previsto no artigo 128 Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común. Sobre este principio é necesario sinalar que non é infrecuente que a sucesión normativa se produza unha vez que foi ditada a resolución sancionadora. Nestes casos, discútese se o principio de retroactividade da norma máis favorable é aplicable en vía de recurso administrativo ou contencioso-administrativo ou, mesmo, despois da firmeza da resolución. No ámbito penal, o artigo 2.2 da Lei orgánica 10/1995, do 23 de novembro, do Código penal concibe o principio de retroactividade da norma favorable de forma ampla, ao sinalar que “terán efecto retroactivo aquelas leis penais que favorezan o reo, aínda que ao entrar en vigor recaese sentenza firme e o suxeito estivese a cumprir condena”. Porén, no ámbito do procedemento administrativo sancionador non existía unha previsión normativa de análogo alcance.

O artigo 26.2 da nova Lei 40/2015 integra esta lagoa que ata a súa entrada en vigor viña suplindo con constante xurisprudencia e que, salvo contadas excepcións, sinalaba que a retroactividade debía aplicarse plenamente en calquera instancia.

- En canto ao principio de responsabilidade, mentres que o artigo 130.1 da Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común sinalaba que “só poderán ser sancionadas por feitos constitutivos de infracción administrativa as persoas físicas e xurídicas que resulten responsables destes, aínda a título de simple inobservancia”. O artigo 28.1 da Lei 40/2015 suprime a expresión “aínda a título de simple inobservancia”, o que impide a aplicación da responsabilidade obxectiva no ámbito do procedemento administrativo sancionador, ao sinalar que “só poderán ser sancionadas por feitos constitutivos de infracción administrativa as persoas físicas e xurídicas, así como, cando unha lei lles recoñeza capacidade de obrar, os grupos de afectados, as unións e entidades sen personalidade

xurídica e os patrimonios independentes ou autónomos, que resulten responsables destes a título de dolo ou culpa”.

A mención aos grupos de afectados, ás unións e entidades sen personalidade xurídica e aos patrimonios independentes ou autónomos atopa a súa xustificación na capacidade de obrar ante as administracións públicas, regulada no artigo 3.c) da Lei 39/2015.

- Respecto do principio de proporcionalidade, o artigo 29.3.d) da Lei 39/2015 sinala que “para a gradación da sanción se terá en conta a reincidencia, por comisión no termo dun ano de máis dunha infracción da mesma natureza cando así fose declarado por resolución firme en vía administrativa”, o que supón prescindir do concepto de reiteración previsto no artigo 131.3.a) da Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común, dados os problemas que ocasionaba a distinción entre reiteración e reincidencia, á que obrigaba este último artigo.

A xurisprudencia, por todas, a Sentenza do 30 setembro de 2011 do Tribunal Supremo, sinalou que bastará a firmeza en vía administrativa dunha resolución sancionadora anterior sobre os mesmos feitos para que sexa aplicable a agravante de reincidencia, de maneira que só será necesaria a firmeza en vía xurisdicional do acto sancionador previo cando explicitamente sexa esixida pola norma, pero non cando se esixa xenericamente a firmeza da resolución administrativa, como ocorre no suposto do artigo 131.3.c) da Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común ( actual artigo 39.3.d) da lei 40/2015 de 1 de outubro, de Réxime Xurídico do Sector Público).

A partir do anterior e analizando xa o artigo 90 en cuestión, convén dicir que, ademais do contido previsto nos dous artigos anteriores analizados, a resolución incluirá:

- A valoración das probas practicadas, en especial aquelas que sirvan de fundamento á resolución sancionadora.

- Os feitos obxecto do procedemento sancionador.
- A persoa ou persoas responsables.
- A infracción ou infraccións cometidas.
- A sanción ou sancións que se impoñen ou, en caso contrario, a declaración de inexistencia de infracción ou responsabilidade.

A resolución sancionadora non se pode fundamentar en feitos que non se tivesen en conta durante a tramitación do procedemento porque con iso estaríase menoscabando o dereito de defensa do administrado que se vería sorprendido por unha resolución sancionadora baseada en feitos descoñecidos por este. Agora ben, a imposibilidade de alterar os feitos non se estende á cualificación xurídica destes. A cualificación proposta polo instructor non vincula a resolución sancionadora e así esta, atendendo ás alegacións dos interesados e aos documentos e informes que obran no expediente, poderá considerar aplicable unha infracción ou sanción de maior gravidade á proposta, para o que lle deberá outorgar ao inculpado, e non ao resto de interesados no expediente, a posibilidade de efectuar alegacións no prazo de 15 días.

A executividade da resolución que pon fin ao procedemento sancionador admite dúas variantes:

- Resolución que poña fin á vía administrativa; é dicir, cando contra esta non caiba ningún recurso administrativo ordinario, resolución que por si mesma será inmediatamente executiva. Para os efectos de determinar que resolucións poñen fin á vía administrativa haberá de terse en conta o establecido no artigo 114 desta mesma Lei 39/2015. No ámbito autonómico, atenderase tamén o establecido no artigo 4 da Lei 6/2001, do 29 de xuño, de adecuación da normativa da Comunidade Autónoma de Galicia á Lei 4/1999, do 13 de xaneiro, de modificación da Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común.
- Resolución que non esgota a vía administrativa por ser susceptible de recurso administrativo; nese caso, será a resolución que



decida o recurso administrativo a que sexa inmediatamente executiva.

Co fin de impedir que o cumprimento da sanción se vexa obstaculizado por actuacións realizadas polo administrado durante o tempo que, se for o caso, poida transcorrer desde que se dita a resolución sancionadora ata que esta é executiva, na propia resolución que poña fin ao procedemento poderanse adoptar as medidas cautelares (artigo 56 da Lei 39/2015) que sexan necesarias para garantir a súa eficacia mentres non sexa executiva, sempre que aquelas non lles causen prexuízo de difícil ou imposible reparación aos interesados nin impliquen a violación de dereitos amparados polas leis.

A resolución executiva poderase suspender preventivamente se o interesado lle manifesta á Administración a súa intención de interpoñer recurso contencioso-administrativo contra a resolución firme en vía administrativa. A suspensión finalizará cando:

- a) O interesado non formalice o recurso contencioso-administrativo no prazo legalmente previsto para o que haberá de terse en conta, en canto aos prazos, o establecido no artigo 46 da Lei 29/1998, do 13 de xullo, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa.
- b) No caso de que interpoña o recurso, non solicite suspensión.
- c) O órgano xudicial se pronuncie sobre a suspensión cautelar solicitada, loxicamente desestimándoa.

Se a persoa responsable da infracción é ao mesmo tempo responsable dos danos e perdas causados á Administración, tramitarase un procedemento complementario chamado a fixar o importe da indemnización que proceda, cando esta non quedase determinada durante a tramitación do procedemento sancionador. A resolución que poña fin a este procedemento complementario esgotará a vía administrativa e será inmediatamente executiva. Este procedemento será susceptible de terminación convencional, pero nin esta nin a aceptación polo infractor da resolución que puidese recaer implicarán o recoñecemento voluntario da súa responsabilidade.

Aínda que a lei non menciona os distintos trámites que integrarán este procedemento complementario, estes serán os propios de todo procedemento administrativo.

#### **REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOCTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Sentenza do 30 setembro de 2011 do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 3.<sup>a</sup>), recurso de casación núm. 566/2009.

Avogacía Xeral do Estado. Dirección do Servizo Xurídico do Estado. *Manual de derecho administrativo sancionador* (2005). Thomson Aranzadi.

Garberi Llobregat, José e Buitrón Ramírez, Guadalupe. *El procedimiento administrativo sancionador*. Editorial Tirant Lo Blanch Tratados.

#### **Artigo 91. Especialidades da resolución nos procedementos en materia de responsabilidade patrimonial**

1. Unha vez recibido, se for o caso, o ditame a que se refire o artigo 81.2 ou, cando este non sexa preceptivo, unha vez finalizado o trámite de audiencia, o órgano competente resolverá ou someterá a proposta de acordo para a súa formalización polo interesado e polo órgano administrativo competente para subscribilo. Cando non se considere procedente formalizar a proposta de terminación convencional, o órgano competente resolverá nos termos previstos no número seguinte.

2. Ademais do previsto no artigo 88, nos casos de procedementos de responsabilidade patrimonial, será necesario que a resolución se pronuncie sobre a existencia ou non da relación de causalidade entre o funcionamento do servizo público e a lesión producida e, se for o caso, sobre a valoración do dano causado, a contía e o modo da indemnización, cando proceda, de acordo cos criterios que para calculala e aboala se establecen no artigo 34 da Lei de réxime xurídico do sector público.

3. Transcorridos seis meses desde que se iniciou o procedemento sen se ter ditado e notificado resolución expresa ou, se for o caso, sen se ter formalizado o acordo, poderá entenderse que a resolución é contraria á indemnización do particular.

**COMENTARIO:**

Antes de proceder á análise do citado artigo, ha de sinalarse que esta nova lei subtraeu do seu articulado a regulación substantiva da responsabilidade patrimonial das administracións públicas, que agora aparece regulada nos artigos 31 e seguintes da Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público, mentres que a Lei 39/2015 contén a regulación dos aspectos procedementais daquela.

Aínda que a anterior Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común regulaba o procedemento de responsabilidade patrimonial como un procedemento especial, agora aparece regulado como unha mera especialidade do procedemento administrativo común, co fin de simplificar os procedementos administrativos existentes, de xeito que gaña en seguridade xurídica.

Como principais novidades que introduce a Lei 40/2015 nesta materia, poden destacarse as seguintes:

- Aclárase a responsabilidade do Estado lexislador cando medien sentenzas desestimatorias, previas á declaración ulterior de inconstitucionalidade (e fíxase un prazo de prescrición de cinco anos no artigo 34).
- Artigo 32.4. “Se a lesión é consecuencia da aplicación dunha norma con rango de lei declarada inconstitucional, procederá a súa indemnización cando o particular obtivese, en calquera instancia, sentenza firme desestimatoria dun recurso contra a actuación administrativa que ocasionou o dano, sempre que se alegase a inconstitucionalidade posteriormente declarada”.

Isto é un avance respecto da regulación da Lei 30/1992, na que a chamada “responsabilidade do Estado lexislador” non era pertinente se na propia norma xeradora do dano ou perda non se recollía a indemnización.

Por tanto, a indemnización procederá agora cando o particular obteña, en calquera instancia, sentenza firme desestimatoria dun recurso contra a actuación administrativa que ocasionou o dano, sempre que se alegase a inconstitucionalidade poste-

riormente declarada. En consecuencia, esíxese o esgotamento de todas as vías de impugnación existentes.

- Aclárase tamén a responsabilidade por infracción do dereito da Unión Europea (artigo 32.5 da Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público), que procederá cando os danos deriven da aplicación dunha norma contraria ao dereito da Unión Europea e o particular obtivese en calquera instancia sentenza firme desestimatoria dun recurso contra a actuación administrativa que lle causou o dano alegando a infracción do dereito da UE posteriormente declarada. Ademais, deben cumprirse os seguintes requisitos:

1. A norma terá por obxecto conferirlles dereitos aos particulares.
2. O incumprimento ten que estar suficientemente caracterizado.
3. Existirá unha relación de causalidade directa entre o incumprimento da obrigaición imposta á Administración responsable polo dereito da Unión Europea e o dano sufrido polos particulares.

Un exemplo claro de aplicabilidade do citado artigo atopariámolo por exemplo no ámbito subvencional, cando unha norma española estableza un requisito para a súa obtención que impida a súa adquisición polo particular, e esa esixencia sexa posteriormente declarada como contraria ao dereito da Unión Europea.

Por último, convén sinalar que a sentenza que declare a inconstitucionalidade da norma con rango de lei ou que declare o carácter de norma contraria ao dereito da Unión Europea producirá efectos desde a data da súa publicación no *Boletín Oficial do Estado* ou no *Diario Oficial da Unión Europea*, segundo o caso, salvo que nela se estableza outra cousa.

Procedemos, a continuación, a analizar o precepto transcrito máis arriba:

Antes de resolver o procedemento de responsabilidade patrimonial, será necesario obter o informe preceptivo do Consello Consul-

tivo de Galicia nas reclamacións de responsabilidade patrimonial de contía superior a 30.000 euros para a Administración autonómica e a 15.000 euros para as administracións locais (artigo 12.j) da Lei 3/2014, do 24 de abril, do Consello Consultivo de Galicia).

A este respecto ha de sinalarse que, aínda que o artigo 81.2 da Lei 39/2015 se limita a esixir un informe preceptivo do órgano consultivo nas reclamacións de responsabilidade en que a indemnización reclamada sexa igual ou superior a 50.000 €, no ámbito autonómico e local galego esta esixencia opera xa en reclamacións de contía superior, de 30.000 € ou 15.000 €.

O procedemento de responsabilidade patrimonial termina por resolución definitiva, e o órgano competente disporá dun prazo de 20 días desde a recepción do ditame, se é preceptivo, ou desde a conclusión do trámite de audiencia, para a súa emisión. Se o Consello Consultivo de Galicia non emite o seu ditame preceptivo no prazo xeral dun mes de que dispón para o efecto (artigo 24 Lei 3/2014, do 24 de abril, do Consello Consultivo de Galicia), o prazo de 20 días para resolver computarase desde que transcorre o prazo de que dispón o órgano consultivo para emitir o seu ditame.

Cando non se resolva o procedemento de forma convencional (véxase o artigo 34.4 da Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público que recolle o seguinte: “A indemnización procedente poderá substituírse por unha compensación en especie ou ser aboada mediante pagos periódicos, cando resulte máis adecuado para lograr a reparación debida e conveña ao interese público, sempre que exista acordo co interesado”), a resolución que poña fin ao procedemento deberá pronunciarse sobre os seguintes extremos:

- A existencia ou non da relación de causalidade. Neste sentido, terase en conta o principio de responsabilidade administrativa e de responsabilidade concorrente das administracións públicas, que proclaman os artigos 32 e 33 da Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público.
- A valoración do dano causado.

- A súa contía, de acordo cos criterios que se establecen para calculala e aboala no artigo 34 da Lei de réxime xurídico do sector público.

En canto ao silencio administrativo en materia de responsabilidade patrimonial, a regra xeral segue sendo o silencio positivo para procedementos iniciados a solicitude do interesado (artigo 24.1 Lei 39/2015, do 1 de outubro, do procedemento administrativo común das administracións públicas). Non obstante, o parágrafo segundo deste artigo determina uns supostos nos que o silencio sempre será negativo, e entre eles figura o procedemento de responsabilidade patrimonial. Así se prevé tamén de forma expresa no último apartado deste artigo, que outorga un prazo de seis meses desde que se incoou o procedemento para resolver e notificar a resolución e, transcorridos estes sen que se produza a resolución expresa, a reclamación poderase entender desestimada por silencio administrativo e queda expedita a vía xudicial.

#### **REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Ayala Muño, José María; García Gomez de Mercado, Francisco; Gutiérrez Delgado, José Manuel; Monedero Montero de Espinosa, José Ignacio; Ripoll Martínez de Bedoya, M.<sup>a</sup> Dolores; Rivero González, Manuel; Sanz Gandásegui, Francisco e Vega Labella, José Ignacio. *Régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo*. Editorial Thomson.

Cobo Olvera, Tomás. *El régimen jurídico de las administraciones públicas y el procedimiento administrativo común. Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Análisis normativo, doctrinal y jurisprudencial*. Editorial La Ley, 3.<sup>a</sup> edición.

#### **Artigo 92. Competencia para a resolución dos procedementos de responsabilidade patrimonial**

*No ámbito da Administración xeral do Estado, os procedementos de responsabilidade patrimonial resolveranse polo ministro respectivo ou polo*

*Consello de Ministros nos casos do artigo 32.3 da Lei de réxime xurídico do sector público ou cando unha lei así o dispoña.*

*No ámbito autonómico e local, os procedementos de responsabilidade patrimonial serán resoltos polos órganos correspondentes das comunidades autónomas ou das entidades que integran a Administración local.*

*No caso das entidades de dereito público, as normas que determinen o seu réxime xurídico poderán establecer os órganos aos cales corresponde a resolución dos procedementos de responsabilidade patrimonial. Na súa falta, aplicaranse as normas previstas neste artigo.*

### **COMENTARIO:**

No ámbito da Administración do Estado, a potestade de resolver o procedemento recae no ministro respectivo ou no Consello de Ministros, nos supostos de responsabilidade do Estado lexislador ou cando unha disposición legal así o estableza.

Na Administración autonómica, corresponderalles aos órganos que estableza a normativa autonómica. No caso específico da Administración autonómica galega, o artigo 5, parágrafo primeiro, da Lei 6/2001, do 29 de xuño, de adecuación da normativa da Comunidade Autónoma de Galicia á Lei 4/1999, do 13 de xaneiro, de modificación da Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común (LRXAPPAC) sinala que “será competente para resolver os procedementos de responsabilidade patrimonial o conselleiro respectivo, salvo que unha lei especial lle atribúa a competencia ao Consello da Xunta”.

No ámbito da Administración local existe disparidade de opinións doutriniais acerca de cal é o órgano local competente para resolver este tipo de procedementos. Así, o artigo 142.2 da LRXAPPAC, como antes vimos, non determina que órgano é competente, e tampouco se efectúa unha atribución concreta nin na Lei 7/1985, do 2 de abril, de bases do réxime local (LRL), nin no Real decreto lexislativo 781/1986, do 18 de abril, polo que se aproba o texto refundido das disposicións vixentes en materia de réxime lo-

cal (LRL). Ante este silencio legal, caben diversas interpretacións. Algúns autores consideran que, debido á posibilidade de terminación convencional, a competencia para resolver estes procedementos lle corresponde ao Pleno da corporación, xa que o artigo 23 de LRL lle atribúe a este o recoñecemento extraxudicial de créditos sempre que non exista dotación orzamentaria. No entanto, fronte a este criterio, diversas posicións doutriniais sosteñen que o artigo 13 do derogado Real decreto 1398/1993, do 4 de agosto, polo que se aproba o regulamento do procedemento para o exercicio da potestade sancionadora que recollía a posibilidade de que o órgano competente para resolver poida ser distinto do órgano ao que lle compete subscribir o acordo indemnizatorio co interesado. Ante esta disparidade de opinións, quizais o máis adecuado sexa concluir que, ao non se establecer expresamente en ningunha norma que órgano das corporacións locais ten esta competencia, debemos acudir ao disposto no artigo 21.1.s) da LBRL, que lle atribúe ao alcalde as demais competencias que “expresamente lle atribúan a leis e aquelas que a lexislación do Estado ou das comunidades autónomas asignen ao municipio e non atribúan a outros órganos municipais”.

Respecto da Administración institucional, a competencia recaerá sobre os órganos dos organismos autónomos e entidades públicas empresariais que estableza a súa normativa reguladora. Cando as súas normas de creación non atribúan ningunha competencia sobre esta materia, aplicaranse as normas previstas neste artigo polo que entendo que a competencia, no caso da Administración institucional autonómica galega, lle corresponderá ao titular da consellería á que estean adscritos, de acordo co establecido no parágrafo segundo do artigo 5 da Lei 6/2001, do 29 de xuño, de adecuación da normativa da Comunidade Autónoma de Galicia á Lei 4/1999, do 13 de xaneiro, de modificación da Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común, que dispón que “en caso dos organismos autónomos ou entes de dereito público, será competente o titular da consellería a que estean adscritos, salvo que a súa lei de creación dispoña outra cousa”.



**REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOCTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Sentenza de 15 xullo de 2003 da Audiencia Nacional (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 8.<sup>a</sup>), recurso de apelación núm. 12/2003.

**SECCIÓN 3.<sup>a</sup>****Desistencia e renuncia****Artigo 93. *Desistencia da Administración***

*Nos procedementos iniciados de oficio, a Administración poderá desistir, motivadamente, nos supostos e cos requisitos previstos nas leis.*

**COMENTARIO:**

Na maioría dos casos, o procedemento administrativo conclúe mediante a resolución ditada polo órgano competente que lle pon fin. Aínda que este é o modo denominado “normal” de terminación do procedemento, a lei establece tamén outros modos de terminación “anormal”, e así, pode rematar o procedemento tamén por medio da desistencia, a renuncia ao dereito en que se funde a solicitude, a declaración de caducidade ou a resolución que declare a imposibilidade material de continualo por causas sobrevidas. Pode tamén finalizar do modo denominado “convencional”, mediante pactos, acordos ou convenios.

A desistencia defínese moi simplemente como a declaración unilateral do interesado de abandonar un procedemento xa iniciado. Se a desistencia a realiza o particular interesado, supón un abandono da pretensión no procedemento, de modo que os seus efectos se limitan ao procedemento e non á pretensión que se formula. Por esa razón, logo de solicitar a desistencia e finalizar o procedemento, nada impediría formular de novo a solicitude, sempre que non prescribise o prazo para a formulación da pretensión. Non obstante, o que neste precepto se recolle é a referencia expresa á desistencia pola propia Administración, referencia esta

que, por certo, non se encontraba expresamente recollida na norma anterior.

Constitúe, pois, unha novidade na regulación do procedemento administrativo a referencia expresa á desistencia por parte da Administración, o que non significa que non se permitise ata este momento. A confirmación desta posibilidade recóllese na Sentenza do Tribunal Supremo do 23 de xuño de 1987 que, con citas doutras, sinala: “Polo que fai á posibilidade de que a Administración desista dun procedemento de oficio, hai que admitir tal posibilidade, e así o ten xa declarado este Tribunal Supremo en sentenzas do 6 de febreiro de 1985 e 18 de outubro de 1986, con referencia ao procedemento expropiatorio. Certamente, sinalaba o Tribunal Supremo, “a Lei de procedemento administrativo considera unicamente o suposto da desistencia da persoa interesada, pero iso non impide que poida darse tamén validamente unha desistencia levada a cabo por decisión da Administración. Dunha parte, porque a desistencia do particular prevista nos artigos 96 a 98 non pode ter lugar sen a decisión da Administración, de maneira que a desistencia esixe sempre un acto administrativo de aceptación, sequera sexa un «acto debido» normalmente, pero que pode non o ser; tal acontece cando hai terceiros interesados que se opoñen. E doutra parte, porque se a Administración pode, á vista da información reservada, acordar a non iniciación do procedemento sancionador, tanto máis poderá acordar o arquivo das actuacións sen chegar ao acto terminal de fondo cando –como aquí aconteceu– se obteña o convencemento racional da falta de base da denuncia formulada”.

En consonancia con esta doutrina, veuse recoñecendo a posibilidade da Administración de desistir en materia expropiatoria, por exemplo, cun dobre fundamento: por un lado, o expropiado non ten un dereito subxectivo a que se consume a transferencia coactiva da propiedade, por outro, a potestade discrecional administrativa neste campo non está suxeita a límites temporais, de maneira que a desistencia dunha expropiación xa iniciada é un acto perfectamente válido e eficaz, sempre que non adoeza de defectos substanciais de forma e estea baseado en motivos xustificados de interese público, tal e como expresa o Consello de Estado no seu Ditame do 13 de maio de 1999.

A pesar do exposto, si estableceu a xurisprudencia límites temporais para esta posibilidade e non se permite desistir da expropiación cando esta está xa consumada por producirse a ocupación material do ben expropiado ou por fixarse o prezo xusto, xa que entón xorde un dereito subxectivo do expropiado que non pode quedar vulnerado cunha desistencia do beneficiario da expropiación, e suporía unha conculcación, ademais, do disposto no artigo 6.2 do Código civil (Sentenza do Tribunal Supremo do 8 de xuño de 1999, recurso de casación núm. 2508/1995). Ademais diso, xurdirá a obriga de reparar o dano causado coa desistencia de darse os requisitos xeralmente esixidos (feito imputable á Administración; lesión ou prexuízo anti-xurídico efectivo, avaliabile economicamente e individualizado con relación a unha persoa ou grupo de persoas; relación de causalidade entre feito e prexuízo e que non concorra forza maior ou outra causa de exclusión da responsabilidade).

Tamén a desistencia unilateral por parte da Administración se admitiu en moitas ocasións como causa resolutoria dos contratos, sen prexuízo de calquera posible pacto de mutuo disenso, e sempre e cando o contratista cumprise as súas obrigas de acordo co establecido na lexislación reguladora dos contratos públicos. E iso porque a desistencia unilateral vén admitida en termos xerais no artigo 1594 do Código civil polo que se refire a contratos de obras.

Agora ben, tamén neste caso, para que a desistencia da Administración resulte axustada a dereito, debe xustificarse con razóns de interese público que aconsellen a resolución do contrato. Neste sentido, di o Ditame 1208/2008, do 16 de outubro, do Consello de Estado, que «o interese público que xustifica a desistencia unilateral da Administración se veu apreciando naquelas relacións contractuais que, por unha alteración sobrevida das circunstancias, perderon o seu obxecto».

En tal caso –desistencia unilateral da Administración nun contrato de obras– tamén haberá consecuencias específicas: a desistencia leva aparelhada, conforme a lexislación de contratos, a obriga de realizar a comprobación, medición e liquidación das obras realizadas

conforme o proxecto, fixando e liquidando os saldos pertinentes a favor ou en contra do contratista.

Este artigo 93 recolle, polo tanto, unha posibilidade que xa se lle viña recoñecendo á Administración e sométea aos requisitos e as consecuencias que poidan determinarse por lei, e establece, ademais, unha obriga de motivación expresa.

#### **REFERENCIAS XURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 1.<sup>a</sup>), do 23 de xuño de 1987.

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 6.<sup>a</sup>), recurso de casación núm. 2508/1995.

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo), do 6 de febreiro de 1985. (RJ 1985\724)

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo), do 18 de outubro de 1986. (RJ 1986\5355).

Ditame 1208/2008 do Consello do Estado, do 16 de outubro.

Ditame do Consello do Estado, do 13 de maio de 1999.

#### **Artigo 94. *Desistencia e renuncia dos interesados***

1. *Todo interesado poderá desistir da súa solicitude ou, cando isto non estea prohibido polo ordenamento xurídico, renunciar aos seus dereitos.*

2. *Se o escrito de iniciación foi formulado por dous ou máis interesados, a desistencia ou a renuncia só afectará aqueles que a formularon.*

3. *Tanto a desistencia como a renuncia poderán facerse por calquera medio que permita a súa constancia, sempre que incorpore as sinaturas que correspondan de acordo co previsto na normativa aplicable.*

4. *A Administración aceptará de plano a desistencia ou a renuncia, e declarará concluso o procedemento salvo que, tendo comparecido nel terceiros interesados, estes instasen a súa continuación non prazo de dez días desde que foron notificados da desistencia ou renuncia.*

5. *Se a cuestión suscitada pola incoación do procedemento entraña interese xeral ou é conveniente tramitala para a súa definición e esclare-*

*cemento, a Administración poderá limitar os efectos da desistencia ou da renuncia ao interesado e seguirá o procedemento.*

### **COMENTARIO:**

Como xa quedou dito no comentario ao artigo anterior, na maioría dos casos, o procedemento administrativo conclúe mediante a resolución ditada polo órgano competente que lle pon fin. Malia este ser o modo “normal” de terminación do procedemento, a lei establece tamén outros modos de terminación “anormal”: o procedemento pode rematar tamén por medio da desistencia, a renuncia ao dereito en que se funde a solicitude, a declaración de caducidade, a resolución que declare a imposibilidade material de continuo por causas sobrevidas. Pode tamén finalizar do modo denominado “convencional”, mediante pactos, acordos ou convenios.

A desistencia é unha figura propia do dereito procesual que deriva da facultade de disposición que teñen as partes con respecto á acción que exerceron e por medio da cal se pon fin ao proceso. No ámbito do procedemento administrativo común, a desistencia configúrase como un acto do administrado que determina a finalización do procedemento, conforme dispón o apartado primeiro do artigo 84 da Lei 39/2015 ao dicir que “poñerán fin ao procedemento a resolución, a desistencia, a renuncia ao dereito en que se funde a solicitude cando tal renuncia non estea prohibida polo ordenamento xurídico e a declaración de caducidade”, o que dá lugar ao que doutrinalmente se chama terminación anormal deste.

A desistencia do interesado, ao igual que a renuncia, encontra a súa regulación no apartado primeiro deste artigo 94. Ambas as figuras comparten a maior parte dos requisitos, pero a distinción principal entre as dúas apunta aos efectos que dimanan de cada unha delas.

O efecto “automático” é idéntico en ambos os dous casos porque as dúas figuras son finalizadoras do procedemento. Ademais, e como sinala o artigo 21, “(...) Nos casos de prescrición, renuncia do dereito, caducidade do procedemento ou desistencia da solicitude, así como a desaparición sobrevida do obxecto do procedemento, a resolución consistirá na declaración da circunstancia que conorra

en cada caso, con indicación dos feitos producidos e as normas aplicables”.

Non obstante, a desistencia e a renuncia difiren con respecto aos seus efectos: a primeira realízase respecto dunha pretensión ou solicitude, en tanto que a segunda ten lugar con respecto ao dereito material que se está a exercer de xeito que, se se renuncia ao dereito, este non pode no futuro exercerse e non poderá existir un novo procedemento sobre o mesmo dereito. No suposto da desistencia, non se impide que, con posterioridade, se formule novamente outra petición sobre o mesmo dereito en tanto subsista este.

Este artigo 94 non pon impedimento ningún a que a persoa interesada abandone ou desista dunha parte da súa pretensión e, aínda que a lei non di nada sobre o momento en que poderá o interesado desistir da súa instancia, parece que hai que admitir que poida facelo en calquera momento do procedemento, sempre que sexa antes de ditarse a resolución finalizadora deste.

A desistencia é un acto persoal, pero pode realizarse por medio de representantes, no ben entendido de que para estes casos a representación deberá acreditarse por calquera medio admitido en dereito que deixe constancia fidedigna ou mediante declaración en comparecencia persoal do interesado, segundo o artigo 5.3 da lei.

Admítese comunmente que a desistencia require unha declaración do interesado manifestando a súa vontade de renunciar á pretensión xeradora do procedemento e de reservar para si o dereito substantivo que serve de fundamento a esa pretensión, así como o dereito de acción. Pero cabe preguntarse se esa declaración do interesado abonda para producir, por si mesma, a extinción do procedemento ou se debe concorrer tamén algunha outra declaración de vontade, da Administración ou de terceiros intervinientes no procedemento, para que esa extinción se produza. A primeira vista, pode dicirse que a desistencia é un acto unilateral do interesado que produce a extinción do procedemento administrativo e a declaración da Administración ten o carácter dun “acto debido” que actúa como mero requisito de eficacia. Así parece deducirse dunha interpretación conxunta dos artigos 84 (“Porá(n) fin ao procedemento

(...) a desistencia, (...)”) e do artigo 94.4 (“A Administración aceptará de plano a desistencia (...), e declarará concluso o procedemento”). Non obstante, existen algunhas excepcións que prevé o propio precepto: se hai terceiros interesados que se opoñen á desistencia ou median razóns de interese xeral, a Administración pode limitar os efectos da desistencia só con respecto ao interesado que desiste –para quen o procedemento se extingue– e continuar co procedemento. Esta expresión “poder limitar” parece converter a desistencia nestes supostos nunha potestade da Administración e non tanto nun “acto debido”.

Como dixemos, a desistencia esixe unha declaración de vontade do interesado e, de acordo cos principios antiformalistas que inspíran a lei, o apartado terceiro do artigo 94 dispón que: “Tanto a desistencia como a renuncia poderán facerse por calquera medio que permita a súa constancia”, tal e como indicaba a norma anterior, aínda que agora se incorpora como novidade a esixencia de que “incorpore as sinaturas que correspondan de acordo co previsto na normativa aplicable”.

Cabe, por último, a referencia á que podemos denominar desistencia por omisión que o artigo 68 da lei regula ao dicir: “1. Se a solicitude de iniciación non reúne os requisitos que sinala o artigo 66 e, se for o caso, os que sinala o artigo 67 ou outros exixidos pola lexislación específica aplicable, requirirase o interesado para que, nun prazo de dez días, emende a falta ou xunte os documentos preceptivos, con indicación de que, se así non o fixer, se terá por desistido da súa petición, logo de resolución que deberá ser ditada nos termos previstos no artigo 21”.

Como sinalaba Linde Paniagua, en relación co artigo 71 da Lei 30/1992, idéntico ao aquí comentado, a previsión de que a Administración dite un acto en que se considere que o interesado desistiu é un claro exemplo de acto que determina para o interesado a imposibilidade de seguir o procedemento e, polo tanto, é susceptible de recurso (art. 107.1 da LRX-PAC), pero debe ser interpretado, dada a consecuencia tan drástica que prevé, no sentido de que a desistencia teña lugar unicamente cando o interesado non cumpre cos datos que

debe conter a súa solicitude conforme a propia lei e, se é o caso, os que esixa a lexislación específica. Polo tanto, se tratarán de aspectos puramente formais; de ningún xeito pode realizar a Administración consideracións en canto ao fondo da pretensión que se inclúa na solicitude anticipando un xuízo que só pode derivar da instrución do procedemento.

Nos casos nos que o defecto formal non afecte a solicitude inicial senón un trámite en particular, unha vez iniciado validamente o procedemento, os efectos son os que dispón o artigo 73, isto é, para os interesados que non cumpren un trámite no prazo de dez días outorgado pola Administración requirente, poderase declarar que decaeron no seu dereito no trámite correspondente, sen que iso impida a continuación do procedemento e a intervención do interesado en sucesivos trámites posteriores.

#### **REFERENCIAS XURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Abajo Quintana, Joaquín José e outros (1993). *Estudios y comentarios sobre la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común*. Madrid: Ed. Ministerio de Xustiza e Ministerio da Presidencia.

Ayala Muñoz, José María e outros (2008). *Régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo* (cuarta edición). Aranzadi.

Linde Paniagua, Enrique (2008). *Procedimientos, actos y recursos administrativos: cuestiones prácticas* (terceira edición). Madrid: Colex.

### **SECCIÓN 4.<sup>a</sup> Caducidade**

#### **Artigo 95. Requisitos e efectos**

1. Nos procedementos iniciados por solicitude do interesado, cando se produza a súa paralización por causa imputable a el, a Administración advertirao de que, transcorridos tres meses, se producirá a caducidade do procedemento. Consumido este prazo sen que o particular requirido



*realice as actividades necesarias para proseguir a tramitación, a Administración acordará o arquivamento das actuacións e notificarao ao interesado. Contra a resolución que declare a caducidade procederán os recursos pertinentes.*

*2. Non se poderá acordar a caducidade pola simple inactividade do interesado no cumprimento de trámites, sempre que non sexan indispensables para ditar resolución. A dita inactividade non terá outro efecto que a perda do seu dereito ao referido trámite.*

*3. A caducidade non producirá por si soa a prescrición das accións do particular ou da Administración, pero os procedementos caducados non interromperán o prazo de prescrición.*

*Nos casos en que sexa posible a iniciación dun novo procedemento por non se ter producido a prescrición, poderán incorporarse a este os actos e trámites cuxo contido se tería mantido igual se non se producise a caducidade. En todo caso, no novo procedemento deberanse cumprir os trámites de alegacións, proposición de proba e audiencia ao interesado.*

*4. Poderá non ser aplicable a caducidade no suposto de que a cuestión suscitada afecte o interese xeral, ou sexa conveniente tramitala para a súa definición e esclarecemento.*

#### **COMENTARIO:**

Entre os modos de terminación anormal do procedemento (art. 84) atópase a caducidade.

Segundo González Pérez, a caducidade é un feito xurídico, non un acto: a eficacia xurídica non deriva da vontade administrativa, senón do transcurso do tempo; trátase de evitar a permanencia e a pendencia indefinida de procedementos paralizados ben por causa do interesado ben por causa da Administración. Aparece asociada ao paso do tempo, como a prescrición, pero esixe ademais a inactividade do titular do dereito ou da acción: ambas as circunstancias unidas producen a perda do dereito ou do procedemento.

Partindo destas bases, o artigo 95 refírese inicialmente aos procedementos iniciados por instancia de parte interesada, nos que para que teña lugar a declaración de caducidade que poña fin ao procede-

mento se esixe (i) que se encontren paralizados por causa imputable a quen os instou e non a calquera outro interesado e (ii) que exista unha advertencia expresa –non xenérica– para que o interesado alce o obstáculo que impide a continuación, para o que se lle concede, cousa que se lle advirte, un prazo de tres meses: debe especificarse ademais que conduta debe ser cumprida polo interesado, sen que abonden advertencias xenéricas ou indeterminadas. De producirse estas circunstancias, segundo sinala o artigo comentado de xeito expreso, a Administración deberá declarar a caducidade en resolución que debe ser notificada e é susceptible de impugnación, polo que queda excluído que opere de forma automática.

O apartado segundo do artigo limita a consecuencia da caducidade á inobservancia de trámites esenciais, de maneira que a inactividade en cumprimento de trámites que non o sexan unicamente determina a perda do trámite non esencial que se obviase. Dito doutro modo, non toda inactividade leva aparelhada a caducidade: soamente a inactividade “cualificada”, que determina a paralización do procedemento por imposibilidade material de continualo, pode chegar a producilas.

O parágrafo terceiro contén a regra tradicional de que, malia a caducidade non supor necesariamente a prescrición das sancións, os procedementos caducados non interrompen o prazo de prescrición. É aquí onde se conectan ambas as dúas figuras, prescrición e caducidade, o que permite que os dereitos e as accións poidan ser exercidos nun procedemento posterior sempre que non transcorrese o prazo máximo para ser exercidos, no ben entendido de que este prazo non se pode considerar interrompido polo procedemento que caducou. Como sinala o profesor Chaves, podería dicirse que o punto de conexión entre “prescrición” (prazo para iniciar) e “caducidade” (prazo para rematar) vén dado polo feito de que, se un procedemento caduca, se “borra todo o actuado”, coma se non existise e, polo tanto, podería reiniciarse o procedemento se non se esgotase o prazo de prescrición.

Como queira que a tramitación dos procedementos administrativos está suxeita aos prazos de caducidade previstos nas leis –por

elementais razóns de garantía dos dereitos do administrado—, logo de transcorrer o prazo fixado na Lei 39/2015 ou o específico fixado nas distintas normas que así o establecen, as actuacións realizadas considéranse caducadas e, polo tanto, inadecuadas para despreñar efectos xurídicos. Non obstante, xa que a caducidade non produce por si mesma a prescrición das accións, cabe volver iniciar un novo expediente polos mesmos feitos se estes non prescribisen.

Agora ben, para que a Administración declare de oficio a caducidade do procedemento e inicie un novo han seguirse certas pautas ou cautelas, derivadas da obriga de arquivo do expediente inicial, que se estableceron xa na Sentenza do Tribunal Supremo do 24 febreiro 2004, certamente ilustrativa:

“Sabemos que a declaración de caducidade non impide a apertura dun novo procedemento sancionador en tanto en canto a hipotética infracción que orixinou a incoación do procedemento caducado non prescribise. Así se desprende, con nitidez, do mandato legal que se contén no artigo 92.3 da Lei 30/1992 (RCL 1992, 2512, 2775 e RCL 1993, 246) (a caducidade non producirá por si soa a prescrición das accións do particular ou da Administración, pero os procedementos caducados non interromperán o prazo de prescrición).

Agora ben, ao declarar a caducidade, a Administración ha ordenar o arquivo das actuacións (artigo 43.4 da Lei 30/1992 na súa redacción orixinaria e artigo 44.2 da mesma lei na redacción agora vixente), o cal, rectamente entendido, comporta:

- a) Que o acordo de iniciar o novo expediente sancionador (se chega a producirse) pode e debe fundarse nos mesmos documentos que, co valor de denuncia, determinaron a iniciación do expediente caducado. Doutro xeito, carecería de sentido aquel mandato legal. Afirmación esta primeira que cabe ver, entre outras, nas sentenzas desta Sala Terceira do Tribunal Supremo das datas 1 de outubro de 2001 e (dous) 15 de outubro de 2001, 22 de outubro de 2001 e 5 de novembro de 2001. Non cabe que se incorporen ao acordo de inicio novos feitos ou condutas que fosen constadas nas dilixencias de investiga-

- ción seguidas no expediente que caducou, para evitar que o interesado-expedientado se encontre con que o novo procedemento que se inicia fronte a este resulta máis gravoso ca o que caducou e se arquivou.
- b) Que nese novo expediente poden producir efectos, se se decide a súa incorporación a el con observancia das normas que regulan a súa tramitación, actos independentes do expediente caducado, non xurdidos dentro del, aínda que a el tamén se incorporasen. Concepto este, de actos independentes, que tamén cabe ver nas sentenzas que acaban de ser citadas.
  - c) Que non cabe, en cambio, que no novo procedemento fagan efecto as actuacións propias do primeiro, isto é, as xurdidas e documentadas neste a raíz da súa incoación para constatar a realidade do acontecido, a persoa ou persoas responsables del, o cargo ou cargos imputables, ou o contido, alcance ou efectos da responsabilidade, pois entón non se daría cumprimento ao mandato legal de arquivo das actuacións do procedemento caducado.
  - d) Que cabe, certamente, que no novo procedemento se practiquen outra vez as mesmas actuacións que se practicaron no primeiro para a constatación de todos eses datos, circunstancias e efectos. Pero terán que practicarse con suxeición, agora e de novo, aos trámites e garantías propios do procedemento sancionador e terán que valorarse polo seu resultado ou contido actual e non polo que entón se puidese obter.
  - e) Que por excepción poden facer efecto no novo procedemento todas as actuacións do caducado cuxa incorporación solicite a persoa contra a que se dirixe aquel, pois a caducidade «sanciona» o atraso da Administración non imputable ao administrado e non pode, por iso, desenvolver os seus efectos en prexuízo deste”.

Isto último é consecuencia de que pode resultar que sexa o propio administrado a quen lle interese que se axilice a tramitación deste novo, e segundo, expediente, en lugar de que este se demore máis do necesario, como consecuencia da repetición de actuacións administrativas que, certamente, poden resultar innecesarias.

Cabe engadir que é un clásico en dereito administrativo afirmar que non opera a caducidade do procedemento sancionador (nin a prescrición) en vía de recurso (reposición ou alzada). Nestes casos xa existiu unha resolución sancionadora en vía administrativa, aínda que non firme, e a ausencia de resposta expresa ao recurso non provoca caducidade ningunha senón unicamente permite considerar xerada a desestimación presunta para os efectos de acudir á xurisdición contencioso-administrativa. Neste sentido, a xurisprudencia diferenciaba a distinta regulación legal da “vía administrativa” e a “vía de recurso administrativo” co que a caducidade unicamente regula e predica daquela e non desta.

Por último, o artigo 95 permite invocar o interese xeral ou a conveniencia de definir ou esclarecer as cuestións suscitadas para non aplicar a caducidade.

#### **REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.<sup>a</sup>), do 24 febreiro 2004, recurso de casación núm. 3754/2001.

González Pérez, Jesús e González Navarro, Francisco (2007). Estudios y comentarios legislativos. *Comentarios a la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*. Editorial Civitas.

## **CAPÍTULO VI**

### **Da tramitación simplificada do procedemento administrativo común**

#### **Artigo 96. Tramitación simplificada do procedemento administrativo común**

1. *Cando razóns de interese público ou a falta de complexidade do procedemento así o aconsellen, as Administracións Públicas poderán acordar, de oficio ou a solicitude do interesado, a tramitación simplificada do procedemento.*

En calquera momento do procedemento anterior á súa resolución, o órgano competente para a súa tramitación poderá acordar continuar á tramitación ordinaria.

2. Cando a Administración acorde de oficio a tramitación simplificada do procedemento deberá notificalo aos interesados. Se algún deles manifestase a súa oposición expresa, a Administración deberá seguir a tramitación ordinaria.

3. Os interesados poderán solicitar a tramitación simplificada do procedemento. Se o órgano competente para a tramitación aprecia que non concorre algunha das razóns previstas no apartado 1, poderá desestimar dita solicitude, no prazo de cinco días desde a súa presentación, sen que exista posibilidade de recurso por parte do interesado. Transcorrido o mencionado prazo de cinco días entenderase desestimada a solicitude.

4. No caso de procedementos en materia de responsabilidade patrimonial das Administracións Públicas, se unha vez iniciado o procedemento administrativo o órgano competente para a súa tramitación considera inequívoca a relación de causalidade entre o funcionamento do servizo público e a lesión, así como a valoración do dano e o cálculo da contía da indemnización, poderá acordar de oficio a suspensión do procedemento xeral e a iniciación dun procedemento simplificado.

5. No caso de procedementos de natureza sancionadora, poderase adoptar a tramitación simplificada do procedemento cando o órgano competente para iniciar o procedemento considere que, de acordo co previsto na súa normativa reguladora, existen elementos de xuízo suficientes para cualificar a infracción como leve, sen que caiba a oposición expresa por parte do interesado prevista no apartado 2.

6. Salvo que reste menos para a súa tramitación ordinaria, os procedementos administrativos tramitados de maneira simplificada deberán ser resoltos en trinta días, a contar desde o seguinte ao que se notifique ao interesado o acordo de tramitación simplificada do procedemento, e constarán unicamente dos seguintes trámites:

- a) Inicio do procedemento de oficio ou a solicitude do interesado.
- b) Enmenda da solicitude presentada, no seu caso.
- c) Alegacións formuladas ao comezo do procedemento durante o prazo de cinco días.

- d) *Trámite de audiencia, unicamente cando a resolución vaia a ser desfavorable para o interesado.*
- e) *Informe do servizo xurídico, cando este sexa preceptivo.*
- f) *Informe do Consello Xeral do Poder Xudicial, cando este sexa preceptivo.*
- g) *Ditame do Consello de Estado ou órgano consultivo equivalente da Comunidade Autónoma nos casos en que sexa preceptivo. Desde que se solicite o Ditame ao Consello de Estado, ou órgano equivalente, ata que este sexa emitido, producirase a suspensión automática do prazo para resolver.*

*O órgano competente solicitará a emisión do Ditame nun prazo tal que permita cumprir o prazo de resolución do procedemento. O Ditame poderá ser emitido no prazo de quince días se así o solicita o órgano competente.*

*En todo caso, no expediente que se remita ao Consello de Estado ou órgano consultivo equivalente, incluírase unha proposta de resolución. Cando o Ditame sexa contrario ao fondo da proposta de resolución, con independencia de que se atenda ou non este criterio, o órgano competente para resolver acordará continuar o procedemento con arranxo á tramitación ordinaria, o que se notificará aos interesados. Neste caso, entenderanse validadas todas as actuacións que se realizaron durante a tramitación simplificada do procedemento, a excepción do Ditame do Consello de Estado ou órgano consultivo equivalente.*

- h) *Resolución.*

*7. No caso de que un procedemento esixise a realización dun trámite non previsto no apartado anterior, deberá ser tramitado de maneira ordinaria.*

#### **COMENTARIO:**

A Lei termina o Título IV dedicado ás disposicións do procedemento administrativo, no capítulo V ocupándose do procedemento administrativo simplificado que é unha das novidades previstas na nova lei de procedemento.

Aínda que é certo que a LRX-PAC contemplaba xa a existencia dun procedemento abreviado, non o desenvolvía especificamente a diferenza do que ocorre coa nova lei.

Podemos citar como antecedentes deste procedemento o procedemento de responsabilidade patrimonial abreviada e o procedemento sancionador simplificado.

En canto ao procedemento de responsabilidade patrimonial abreviado o Art. 143 da LRX-PAC dispoñía que

1. Iniciado o procedemento xeral, cando sexan inequívocos a relación de causalidade entre o funcionamento do servizo público e a lesión, así como a valoración do dano e o cálculo da contía da indemnización, o órgano competente poderá acordar a substanciación dun procedemento abreviado, a fin de recoñecer o dereito á indemnización no prazo de trinta días.

2. En todo caso, os órganos competentes poderán acordar ou proñer que se siga o procedemento xeral.

3. Se non recae resolución expresa poderase entender desestimada a solicitude de indemnización”.

Esta regulación completábase nos Art. 14 ao 17 do RD 429/1993 do 26 de Marzo polo que se aprobou o Regulamento dos procedementos das Administracións Públicas en materia de responsabilidade patrimonial. Na actualidade derrogado pola Disposición Derrogatoria Única da LPACAP.

O Art. 14 viña a reproducir o Art. 143 da LRX-PAC. Con todo fixaba un límite para os efectos de poder acordar a iniciación do procedemento abreviado xa que só era posible acordar a incoación deste procedemento en tanto non se iniciara o trámite de audiencia.

O Art. 15 relativo ao trámite de audiencia establecía que se iniciaba este trámite coa notificación ao interesado do acordo da iniciación deste tipo de procedemento e establecíase un prazo máximo para facer alegacións de cinco días. O mesmo que sucede na actualidade coa tramitación simplificada do procedemento que o Art.



96.6.c) establece un prazo máximo de cinco días para que o interesada poida formular alegacións.

O procedemento sancionador simplificado estaba regulado nos Art. 23 e 24 do Real Decreto 1398/1993 do 4 de Agosto polo que se aproba o Regulamento do procedemento para o exercicio da potestade sancionadora (na actualidade derogado pola Disposición Derrogatoria única da LPACAP)

- Art. 23: “Para o exercicio da potestade sancionadora no caso de que o órgano competente para iniciar o procedemento considere que existen elementos de xuízo suficientes para cualificar a infracción como leve, tramitarase o procedemento simplificado que se regula neste capítulo”.
- Art. 24: “A iniciación producirase, de conformidade co disposto no capítulo II, por acordo do órgano competente no que se especificará o carácter simplificado do procedemento e que se comunicará ao órgano instrutor do procedemento e, simultaneamente, será notificado aos interesados.

2. No prazo de dez días a partir da comunicación e notificación do acordo de iniciación, o órgano instrutor e os interesados efectuarán, respectivamente, as actuacións preliminares, a achega de cantas alegacións, documentos ou informacións estimen convenientes e, no seu caso, a proposición e práctica da proba.

3. Transcorrido devandito prazo, o órgano competente para a instrución formulará proposta de resolución de conformidade co disposto no artigo 18 ou, se aprecia que os feitos poden ser constitutivos de infracción grave ou moi grave, acordará que continúe tramitándose o procedemento xeral segundo o disposto no artigo 17, notificándoo aos interesados para que, no prazo de cinco días, propoñan proba se o estiman conveniente.

4. O procedemento remitirase ao órgano competente para resolver, que no prazo de tres días ditará resolución na forma e cos efectos previstos no capítulo IV. O procedemento deberá resolverse no prazo máximo dun mes desde que se iniciou”.

A Exposición de Motivos da nova lei establece en relación con este procedemento o seguinte: “Como novidade dentro deste título,

incorpórase un novo Capítulo relativo á tramitación simplificada do procedemento administrativo común, onde se establece o seu ámbito obxectivo de aplicación, o prazo máximo de resolución que será de trinta días e os trámites dos que constará. Se nun procedemento fose necesario realizar calquera outro trámite adicional, deberá seguirse entón a tramitación ordinaria. Así mesmo, cando nun procedemento tramitado de maneira simplificada fose preceptiva a emisión do Ditame do Consello de Estado, ou órgano consultivo equivalente, e este manifestase un criterio contrario ao fondo da proposta de resolución, para maior garantía dos interesados deberase continuar o procedemento pero seguindo a tramitación ordinaria, non xa a abreviada, podéndose neste caso realizar outros trámites non previstos no caso da tramitación simplificada, como a realización de probas a solicitude dos interesados. Todo iso, sen prexuízo da posibilidade de acordar a tramitación de urxencia do procedemento nos mesmos termos que xa contemplaba a Lei 30/1992, de o 26 de novembro”.

En canto ao ámbito obxectivo de aplicación o Art. 96 establece que a Administración Pública pode acudir ao procedemento de tramitación simplificada cando razóns de interese público ou a falta de complexidade do procedemento así o aconsellen.

Con todo, establécense dúas regras especiais en relación cos procedementos sancionadores e cos procedementos de responsabilidade patrimonial.

Polo que se refire aos procedementos de responsabilidade patrimonial das Administracións Públicas se unha vez iniciado o procedemento administrativo o órgano competente para a súa tramitación considera inequívoca a relación de causalidade entre o funcionamento do servizo público e a lesión, así como a valoración do dano causado e o cálculo da contía da indemnización, poderá acordar de oficio a suspensión do procedemento en xeral e a iniciación dun procedemento simplificado.

Este apartado do Art. 96 non introduce variacións substanciais en relación co Art. 143 da LRX-PAC.

E nos casos de procedemento de natureza sancionadora, o órgano competente para iniciar o procedemento administrativo de natureza

sancionadora, poderá acordar a tramitación simplificada do procedemento cando considere que de acordo co previsto na súa normativa reguladora existen elementos de xuízo suficientes para cualificar a infracción como leve, sen que caiba a oposición expresa por parte do interesado.

Volve suceder o mesmo que coa previsión relativa aos procedementos de responsabilidade patrimonial, a nova lei non introduce variacións substanciais en relación co anterior procedemento sancionador simplificado.

O procedemento de tramitación simplificada pode ser iniciado de oficio ou a solicitude do interesado.

Se a Administración inicia de oficio este procedemento deberá notificalo aos interesados. Se algún dos interesados manifesta a súa oposición expresa, a Administración deberá acudir ao procedemento administrativo ordinario. Non obstante esta posibilidade de oposición non existirá nos procedementos de natureza sancionadora nos que se acordou a tramitación simplificada.

No caso de que os interesados soliciten a tramitación simplificada do procedemento non quere dicir que o órgano administrativo teña que acudir obrigatoriamente á utilización deste procedemento senón que pode desestimar a solicitude se considera que non concorren razóns de interese público ou a falta de complexidade do procedemento que aconsellen seguir a tramitación simplificada do procedemento administrativo. Se o órgano administrativo non resolve no prazo de cinco días, entenderase desestimada a solicitude. Contra a resolución que resolva a solicitude non cabe recurso algún.

Establécese como prazo máximo para resolver un prazo de 30 días, a contar desde o día seguinte ao que se notifique ao interesado o acordo de tramitación simplificada do procedemento. Non establece a Lei penalidade algunha á Administración en caso de incumprimento do prazo máximo para resolver.

A continuación o Art. 96 determina cales son os trámites deste procedemento:

- 1) Inicio do procedemento de oficio ou a solicitude do interesado.

- 2) No seu caso corrección da solicitude.
- 3) Alegacións formuladas ao comezo do procedemento durante o prazo de cinco días.
- 4) Trámite de audiencia, unicamente cando a resolución vaia a ser desfavorable.
- 5) Informe do servizo xurídico, cando este sexa preceptivo.
- 6) Informe do Consello Xeral do Poder Xudicial, cando este sexa preceptivo.
- 7) Ditame do Consello de Estado ou órgano consultivo equivalente da Comunidade Autónoma nos casos en que sexa preceptivo. Suspéndese o prazo para resolver automaticamente desde que se solicita o ditame ao Consello de Estado ou órgano equivalente ata que sexa emitido.

Como podemos observar a Lei non prescinde dos trámites esenciais do procedemento administrativo común. Cabe destacar que non é necesario dar audiencia ao interesado cando a resolución vaia a ser favorable.

#### **REFERENCIAS XURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

- Maxistrado Chaves, José Ramón “O procedemento Administrativo común da Lei 39/2015: novos forxados sobre vellos cimentos. Actualidade administrativa, nº2, Sección Actualidade, Febreiro 2016, Editorial a Lei”, <https://biblioteca.smarteca.es/>
- Noticias xurídicas. “Contido e novidades da Lei 39/2015, do 1 de Outubro, do Procedemento Administrativo Común das Administracións Públicas”2016 [noticias.juridicas.com](http://noticias.juridicas.com)
- López Martínez, Julián. Director de SEPIN Administrativo. Avogado. “106 Preguntas e Respostas sobre os aspectos máis destacados da nova Lei 39/2015, do 1 de Outubro, do Procedemento Administrativo Común”. Editorial xurídica Sepin 2016.
- Ruíz López, Miguel Ángel Letrado do Tribunal Supremo. Profesor asociado de Dereito Administrativo. “As reformas administrativas operadas polas leis 39/2015 e 40/2015, do 1 de Outubro:

especial referencia á doutrina xurisprudencial que incorporan e omiten(1)”2016. <https://biblioteca.smarteca.es/>

## CAPÍTULO VII

### Execución

#### Artigo 97. Título

1. *As administracións públicas non iniciarán ningunha actuación material de execución de resolucións que limite dereitos dos particulares sen que previamente fose adoptada a resolución que lle sirva de fundamento xurídico.*

2. *O órgano que ordene un acto de execución material de resolucións estará obrigado a notificar ao particular interesado a resolución que autorice a actuación administrativa.*

#### COMENTARIO:

A lei termina o título III dedicado aos actos administrativos ocupándose no capítulo VII da súa execución. Poucos aspectos novos presenta a lei en relación coa execución dos actos administrativos xa que mantén o réxime de executividade dos actos administrativos e os medios de execución forzosa xa previstos na LRX-PAC.

Cabe destacar a referencia que fai a nova lei para cumprir coas obrigacións de pagamento á Facenda pública que deriven dunha resolución ou calquera acto que poña fin ao procedemento (art. 98.2). Isto débese a que unha das finalidades da nova lei é adecuar as relacións entre a Administración pública e os cidadáns ao desenvolvemento das novas tecnoloxías da información e da comunicación.

Así se prevé na exposición de motivos da lei: “Se ben a Lei 30/1992 xa foi consciente do impacto das novas tecnoloxías nas relacións administrativas non foi ata a lei 11/2007, do 22 de xuño, de acceso electrónico dos cidadáns aos servizos públicos, a que lles deu carta de natureza legal ao establecer o dereito dos cidadáns para rela-

cionarse electronicamente coas administracións públicas, así como a obriga destas de se dotaren dos medios e sistemas necesarios para que ese dereito se poida exercer. No entanto, no contorno actual, a tramitación electrónica non pode ser aínda unha forma especial de xestión dos procedementos senón que debe constituír a actuación habitual das administracións. Porque unha Administración sen papel baseada nun funcionamento integramente electrónico non soamente serve mellor os principios de eficacia e eficiencia, ao aforrar custos a cidadáns e empresas, senón que tamén reforza as garantías dos interesados. En efecto, a constancia de documentos e actuacións nun arquivo electrónico facilita o cumprimento das obrigas de transparencia, pois permite ofrecer información puntual, áxil e actualizada aos interesados”.

O estudo da execución dos actos administrativos esixe, en primeiro lugar, facer unha breve referencia á diferenza que existe en relación coa execución dos actos administrativos entre o chamado sistema continental e o sistema propio dos países anglosaxóns.

Segundo a Lafuente Benaches, a execución forzosa dos actos administrativos pódese levar a cabo de dúas maneiras, ben polos órganos xurisdiccionais ou ben pola propia Administración.

O primeiro sucede nos países anglosaxóns (*rule of law*) nos cales, cando a Administración dita un acto administrativo e o administrado non o cumpre, a Administración non pode obrigar o administrado a cumprir co acto senón que ten que acudir aos tribunais para que lle impoñan o seu cumprimento. Con todo, como toda regra xeral, presenta excepcións nas que a Administración pode impoñerlles obrigatoriamente aos administrados o cumprimento dun acto administrativo sen a necesidade de acudir aos tribunais.

No sistema continental, tal e como pon de manifesto Lafuente Benaches, pode distinguirse, pola súa vez, entre dous sistemas. O primeiro caracterízase porque é o propio ordenamento xurídico do país o que recoñece como regra xeral a competencia do xuíz para executar forzosamente os actos administrativos; isto sucede en países como Francia. E o segundo caracterízase por recoñecerlle á Administración pública a posibilidade de executar forzosamente os actos

administrativos sen necesidade de acudir aos órganos xurisdicionais; este é o caso do noso país.

O noso dereito administrativo caracterízase porque a Administración pública goza do principio de autotutela administrativa. Este principio ten unha dobre manifestación:

1) Principio de executividade dos actos administrativos previsto no artigo 38 da LPACAP que significa que “os actos das administracións públicas suxeitos ao dereito administrativo se presumirán válidos e producirán efectos desde a data en que se diten, salvo que neles se dispoña outra cousa”. Con todo, esta eficacia xeral queda demorada ata a súa notificación, publicación ou aprobación superior, salvo que neles se dispoña outra cousa.

2) Principio de executoriedade dos actos administrativos previsto no artigo 94. O lexislador parte da premisa da executividade inmediata dos actos administrativos, salvo as excepcións previstas no referido artigo que son as seguintes:

- Que se produza a suspensión da execución do acto.
- Que se trate dunha resolución dun procedemento de natureza sancionadora contra a que caiba algún recurso en vía administrativa.
- Que unha disposición estableza o contrario.
- Que se necesite aprobación ou autorización dun superior.

Desta maneira, a Administración pública pode, tal e como puxo de manifesto García de Enterría, “realizar materialmente por si mesma os dereitos que derivan dos actos administrativos sen necesidade de acudir aos tribunais, mesmo en contra do administrado”.

Non obstante, este privilexio da Administración pública está supeditado ao cumprimento de determinados requisitos e dous deles son os previstos no artigo 97:

1) A existencia dun acto administrativo (apartado primeiro).

2) O requirimento previo (apartado segundo). O lexislador non introduce ningún cambio neste precepto xa que ten un contido idéntico ao artigo 93 da LRX-PAC.

A lei comeza a súa regulación en materia de execución establecendo o primeiro requisito que debe cumprir a Administración pública para iniciar unha actuación material de execución que limite os dereitos dos particulares, que é adoptar unha resolución que lle sirva de fundamento xurídico, o que se coñece como o título executivo.

En caso contrario, incorre na denominada vía de feito, coa consecuencia fundamental da perda da súa posición xurídica privilexiada.

En relación co acto que fundamenta a execución, seguindo de novo a Lafuente Benaches, hai que excluír os actos negativos (entendendo por actos negativos os que denegan unha petición) e os actos declarativos (aqueles que se limitan a declarar a existencia, inexistencia ou situación dun dereito).

Neste sentido, a xurisprudencia denega a suspensión dos actos de contido negativo, pois nada hai que executar nin suspender (ATS do 13 de decembro de 1989 e ATC do 29 de marzo de 1990) e tamén denega a suspensión dos actos meramente declarativos que non requiran actuacións posteriores, por exemplo, a fixación do prezo xusto.

Denégase tamén a execución dos actos presuntos en caso de silencio administrativo negativo, non só polo contido negativo do acto senón tamén porque o silencio negativo se limita a constituír unha ficción para abrir o recurso contencioso-administrativo.

Cabe preguntarse que ocorre cos actos que poidan ser declarados nulos de pleno dereito, pero aínda non hai declaración de nulidade nin de anulabilidade.

De acordo con Lafuente Benaches, a regra xeral é a obrigaón da Administración de executar forzosamente os actos administrativos incumpridos polo administrado, calquera que sexa o vicio de ilegalidade alegado.

E no caso de que os interesados recorresen ante a orde xurisdiccional contencioso-administrativa contra a pasividade da Administración pública, con carácter previo débese examinar a legalidade do acto.

O que si é necesario é que o acto teña un contido, de tal modo que, se o acto administrativo carece dun mínimo de determinación



ou concreción suficiente, carecerá tamén de idoneidade e transcendencia xurídica e deixará, en consecuencia, de ser adecuado para o seu cumprimento.

O contido dos actos de execución ten que coincidir co da resolución que lle serve de título xurídico e, en caso contrario, cabe a súa impugnación ante o órgano xurisdiccional contencioso-administrativo. Isto é o que se coñece como o principio de que a execución forzosa debe estar en liña directa da continuación do acto, principio enunciado por Meyer e aceptado unanimemente pola xurisprudencia e doutrina española. Este principio significa que a execución dun acto administrativo non debe transformar o seu contido nin engadir obrigación ningunha senón levalo a termo, sen innovalo ou substituílo.

Non resulta admisible un recurso cando o que nel se impugna son actos de execución, xa que a súa validez está subordinada á doutro acto administrativo anterior, do que constitúe simple aplicación, polo que a eficacia das resolucións administrativas dependen da principal. Esta doutrina só creba cando o novo acordo incorre en motivos de infracción ao ordenamento xurídico independentes do acto orixinal. Noutras palabras, o acto administrativo de execución non poderá ser impugnado cando sexa unha simple aplicación pero si cando supoña unha innovación

O segundo requisito que esixe o artigo 97 no apartado segundo é que o acto que acorde a execución ha de notificárselle á persoa interesada.

É obrigado neste punto facer mención a que unha das principais novidades lexislativas en materia de procedemento administrativo se produce en relación coas notificacións. É o propio lexislador o que o anuncia xa na exposición de motivos da nova lei de procedemento, que establece que as notificacións se efectuarán preferentemente por medios electrónicos.

As notificacións por medios electrónicos practícaranse mediante comparecencia na sede electrónica da Administración ou organismo actuante, a través do enderezo electrónico habilitado único ou mediante ambos os sistemas, segundo dispoña a Administración ou organismo (art. 43).

O feito de que a nova lei potencie o uso dos medios electrónicos non significa que non se poidan practicar notificacións por medios non electrónicos.

Non podemos esquecer que hai certos colectivos que están obrigados a relacionarse coa Administración pública electronicamente, por exemplo, os empregados públicos para os trámites e actuacións que realicen con ela por razón da súa condición de empregados públicos, pero a regra xeral é que para as persoas físicas a utilización dos medios electrónicos para relacionarse coa Administración pública é un dereito e non un deber.

#### **REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

- (2015). *Memento administrativo*. Ediciones Francis Lefreve, SA.
- Ayala Muñoz, José María; García Gómez de Mercado, Francisco; Gutiérrez Delgado, José Manuel; Monedero, Montero de Espinosa, José Ignacio; Ripoll Martínez de Bedoya, María Dolores Rive-ro González, Manuel; Sanz Gandásegui, Francisco; Veiga Labella, José Ignacio (2008). *Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo*. Thomson Aranzadi, SA.
- Cobo Olvera, Tomás (2008). *El régimen jurídico de las administraciones públicas y el procedimiento administrativo común*. La Ley.
- García de Enterría, Eduardo (1991). *Hacia una nueva justicia administrativa*. Editorial Civitas.
- Lafuente Benaches, Mercedes (1991). *La ejecución forzosa de los actos administrativos por la Administración pública*. Editorial Tecnos.
- Tolosa Tribiño, César e García Gil, F. Javier (2004). *Procedimiento administrativo común y procedimientos especiales de las entidades locales*. DAPP Publicaciones jurídicas, SL.

#### **Artigo 98. Executoriedade**

1. Os actos das administracións públicas suxeitos ao dereito administrativo serán inmediatamente executivos, salvo que:

- a) Se produza a suspensión da execución do acto.

- b) *Se trate dunha resolución dun procedemento de natureza sancionadora contra a cal caiba algún recurso en vía administrativa, incluído o potestativo de reposición.*
- c) *Unha disposición estableza o contrario.*
- d) *Se necesite aprobación ou autorización superior.*

2. *Cando dunha resolución administrativa, ou de calquera outra forma de finalización do procedemento administrativo prevista nesta lei, naza unha obriga de pagamento derivada dunha sanción pecuniaria, multa ou calquera outro dereito que se deba aboar á Facenda pública, este efectuarase preferentemente, salvo que se xustifique a imposibilidade de facelo, utilizando algún dos medios electrónicos seguintes:*

- a) *Tarxeta de crédito e débito.*
- b) *Transferencia bancaria.*
- c) *Domiciliación bancaria.*
- d) *Calquera outro que autorice o órgano competente en materia de facenda pública.*

### **COMENTARIO:**

Este precepto recolle a segunda das manifestacións do “principio de autotutela administrativa, que é o principio de executoriedade dos actos administrativos” xa recollido na LRX-PAC no artigo 94.

A principal diferenza que existe entre o anterior artigo 94 da LRX-PAC e o artigo 98 da LPACAP é a preferencia que establece polos medios electrónicos para cumprir coas obrigas de pagamento á Facenda pública que deriven dunha resolución ou calquera outro acto que lle poña fin ao procedemento.

O Tribunal Supremo define o privilexio de executoriedade dos actos administrativos como “a calidade de todo acto administrativo de producir os seus efectos normais” (Sentenza da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo do 7 de maio de 1999, recurso de apelación núm. 7805/1991).

A doutrina discute sobre cal é o fundamento desta potestade administrativa. A principal discusión radica en se o fundamento se

encontra na presunción de lexitimidade do acto ou na necesidade que ten a Administración de satisfacer o interese público.

García de Enterría, que denomina este privilexio da Administración pública como o principio de autotutela executiva, atopa o seu fundamento na eficacia da xestión dos servizos públicos.

Outros autores, como Lafuente Benaches, atopan un dobre fundamento. Por unha banda, a lexitimidade do acto administrativo e, pola outra, a necesidade que ten a Administración pública de satisfacer o interese xeral.

O Tribunal Supremo entende que “o fundamento xurídico de tal privilexio é a presunción de legalidade do acto e a necesidade de que se realicen os intereses públicos” (Sentenza da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo do 7 de maio de 1999, recurso de apelación núm. 7805/1991).

O certo é que a nosa lexislación faculta a Administración pública para realizar por si mesma os actos administrativos, sen necesidade de acudir aos tribunais e mesmo en contra da vontade da persoa interesada.

Esta é a regra xeral e como tal ten excepcións e como toda potestade administrativa está supeditada ao cumprimento duns requisitos.

O lexislador parte da premisa da executividade inmediata dos actos administrativos e establece as seguintes excepcións:

- 1) Que se produza a suspensión do acto administrativo.
- 2) Que se trate dunha resolución dun procedemento de natureza sancionadora contra a que non caiba ningún recurso en vía administrativa, incluído o potestativo de reposición.
- 3) Que unha disposición estableza o contrario.
- 4) Que se necesite aprobación ou autorización superior.

Debemos matizar que só gozan de executoriedade os actos das administracións públicas suxeitos a dereito administrativo, tal e como se sinala no Ditame da Dirección Xeral do Servizo Xurídico do Estado do 26 de xaneiro de 1994: “Cando se trate de relacións sometidas a dereito privado, o ente público de referencia carecerá de facultades

de autotutela executiva e, para obter a satisfacción das súas pretensións fronte a quen se opoña a elas, deberá acudir aos tribunais de xustiza polas vías que determinen as normas procesuais comúns”.

A primeira excepción que prevé o artigo 98 é cando se produza a suspensión do acto administrativo.

Os supostos de suspensión da execución dos actos administrativos previstos na nova lei de procedemento son os contidos no artigo 108 e no artigo 117.

O artigo 108 prevé a posibilidade de que se suspenda a execución do acto administrativo, nos procedementos de revisión de oficio, cando o órgano competente para declarar a nulidade ou lesividade estime que a execución poida causar prexuízos de imposible ou difícil reparación.

E o 117 establece que a regra xeral é a non suspensión da execución dos actos administrativos pola interposición de calquera clase de recurso, salvo disposición legal en contra.

Con todo, establece a posibilidade de que o órgano ao que lle compete resolver o recurso “tras a ponderación, suficientemente razoada, entre o prexuízo que causaría ao interese público ou a terceiros a suspensión e o ocasionado ao recorrente como consecuencia da eficacia inmediata do acto recorrido, poderá suspender, de oficio ou por solicitude do recorrente, a execución do acto impugnado cando concorran algunha das seguintes circunstancias: a) Que a execución puidese causar prexuízos de imposible ou difícil reparación. b) Que a impugnación se fundamente nalgunha das causas de nulidade de pleno dereito”.

Outra excepción que está relacionada coas sancións, que só serán inmediatamente executivas unha vez esgotada a vía administrativa, é dicir, cando non caiba contra ela ningún recurso ordinario en vía administrativa. Con todo, na propia resolución poden adoptarse as disposicións precisas para garantir a súa eficacia en tanto non sexa executiva. Esta excepción xa estaba recollida na LRX-PAC no artigo 138.

A xurisprudencia vén considerando que non se pode executar a sanción en tanto non recaia pronunciamento xudicial sobre a medi-

da cautelar solicitada (Sentenza da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo do 2 de decembro de 2011, recurso de casación núm. 508/2010).

É contraria ao dereito a tutela xudicial efectiva (art. 24 CE), a execución dun acto sancionador antes de que se constate a firmeza do acto por non interpoñer recurso contencioso-administrativo ou, no caso de que se interpoña, antes de que ditase resolución do órgano xurisdiccional competente.

Tampouco serán inmediatamente executivos os actos administrativos cando unha disposición estableza o contrario. Así, por exemplo, o artigo 233 da LXT 58/2003, do 17 de decembro, prevé a suspensión da execución do acto impugnado en vía económica.

Non nos podemos esquecer de que o órgano xudicial pode acordar como medida cautelar a suspensión do acto administrativo (art. 129 e ss. da LXCA 29/1998).

Neste sentido, o Tribunal Constitucional declara que “por imperativo do artigo 24 da Constitución española, a prestación da tutela xudicial ha ser efectiva e iso obriga a que, cando o órgano xudicial competente se pronuncie sobre a executividade ou suspensión a el sometida, a súa decisión poida levala a cabo, o que impide que outros órganos do Estado, sexan administrativos ou doutra orde xurisdiccional distinta, resolvan previamente sobre tal pretensión, interferíndose desá maneira no proceso xudicial do que coñece o tribunal competente e converten en ilusoria e ineficaz a tutela que puidese dispensar este” (Sentenza do Tribunal Constitucional do 13 de outubro de 1998, recurso de amparo núm. 486/1997).

Na mesma liña declara que “ata que non tome a decisión respecto diso o tribunal competente, o acto non pode ser executado pola Administración, porque en tal hipótese esta converteuse en xuíz” (Sentenza do Tribunal Constitucional do 20 de maio de 1996, recurso de amparo núm. 2698/1993), “pero tampouco cabe a execución por outro órgano xudicial distinto porque esta eventualidade impediría que aquel tribunal, o competente, puidese conceder eficazmente a tutela tal e como lle impón o dereito fundamental” (Sentenza do Tribunal

Constitucional do 14 de maio de 1992, cuestións de inconstitucionalidade núms. 625/1988, 7651/1990, 766/1990).

Na última letra do apartado un recóllese como excepción cando o acto administrativo necesite aprobación ou autorización posterior.

Sobre a executoriedade, a doutrina fórmulase se a Administración pública pode renunciar a executar un acto administrativo e solicitarlle ao xuíz que sexa el o que esixa o seu cumprimento, como nos supostos nos que a Administración pública estime que o acto que ditou poida ser nulo de pleno dereito.

Autores como Santi Romano ou Lafuente Benaches consideran que a executoriedade inmediata do acto é irrenunciable. Neste sentido, o Tribunal Supremo recoñeceu o carácter obrigatorio do exercicio da potestade de execución forzosa cando proceda.

Como novidade da nova Lei de procedemento administrativo, o apartado segundo determina que “salvo que se xustifique a imposibilidade de facelo”, as obrigas de pagamento derivadas dunha sanción pecuniaria, multa ou calquera outro dereito que se lle deba aboar á Facenda pública se efectuará utilizando algúns dos medios electrónicos seguintes:

- Tarxeta de crédito e débito.
- Transferencia bancaria.
- Domiciliación bancaria.
- Calquera outro que autorice o órgano competente en materia de facenda pública.

Este apartado é un reflexo dun dos obxectivos da lei: potenciar o uso dos medios electrónicos nas relacións entre a Administración pública e os administrados.

#### **REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOCTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo), do 7 de maio de 1999, recurso de apelación núm. 7805/1991.

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo), do 2 de decembro de 2011, recurso de casación núm. 508/2010.

Sentenza do Tribunal Constitucional do 14 de maio de 1992, cuestións de inconstitucionalidade núms. 625/1998, 7651/1990, 766/1990.

Sentenza do Tribunal Constitucional do 20 de maio de 1996, recurso de amparo núm. 2698/1993.

(2015). *Memento administrativo*. Ediciones Francis Lefreve, SA.

Ayala Muñoz, José María; García Gómez de Mercado, Francisco; Gutiérrez Delgado, José Manuel; Monedero, Montero de Espinosa, José Ignacio; Ripoll Martínez de Bedoya, María Dolores Rivero González, Manuel; Sanz Gandásegui, Francisco; Veiga Labella, José Ignacio (2008). *Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo*. Thomson Aranzadi, SA.

Cobo Olvera, Tomás (2008). *El régimen jurídico de las administraciones públicas y el procedimiento administrativo común*. La Ley.

García de Enterría, Eduardo (1991). *Hacia a una nueva justicia administrativa*. Editorial Civitas.

Lafuente Benaches, Mercedes (1991). *La ejecución forzosa de los actos administrativos por la Administración pública*. Editorial Tecnos.

Santi Romano (1964). *Fragmentos de un diccionario jurídico*. Buenos Aires.

Tolosa Tribiño, César e García Gil, F. Javier (2004). *Procedimiento administrativo común y procedimientos especiales de las entidades locales*. DAPP Publicaciones jurídicas, SL.

## **Artigo 99. Execución forzosa**

*As administracións públicas, a través dos seus órganos competentes en cada caso, poderán proceder, logo de apercibimento, á execución forzosa dos actos administrativos, salvo nos supostos en que se suspenda a execución de acordo coa lei, ou cando a Constitución ou a lei exixan a intervención dun órgano xudicial.*

### **COMENTARIO:**

O artigo 99 prevé o chamado “privilexio de execución forzosa das administracións públicas”.



Este principio viña recollido no anterior artigo 95 da LRX-PAC e a nova lei non introduciu variacións relacionadas con el e segue conservando a mesma filosofía que inspiraba o artigo 102 da LAP.

García de Enterría di que a execución forzosa dun acto administrativo implica levar á súa aplicación práctica, no terreo dos feitos, a declaración que neste contén, aínda que haxa resistencia por parte da persoa obrigada.

A execución forzosa supón a realización dun dereito previamente declarado nun acto, o cal, pola súa vez, terá constancia formal inequívoca, certeza do seu contido e do destinatario que dispense da necesidade dunha previa interpretación do seu alcance e da súa extensión e que permite a súa realización inmediata, integrando o que, en suma, se coñece como título executivo (Sentenza do Tribunal Constitucional do 18 de xullo de 1991, recurso de amparo núm. 831/1988).

A execución forzosa esixe que o acto administrativo non se cumprise.

Lafuente Benaches matiza que non pode confundirse a execución forzosa dos actos administrativos coa coacción administrativa. Os supostos de coacción administrativa son aqueles nos que a Administración trata de lle poñer fin a unha situación contraria á orde pública, por exemplo, cando a Administración desaloxa unha vivenda que está caendo.

A execución forzosa non pode iniciarse mentres non se lle notifique á persoa interesada que se vai proceder á execución forzosa do acto administrativo e se lle conceda un prazo para que poida cumprir co acto administrativo voluntariamente.

O apercibimento debe sinalar un prazo para levar a cabo a actuación que impoñía o acto que se trata de executar e este prazo, ademais, debe de ser suficiente para cumprir co ordenado, é dicir, non pode ser imposible cumprir co ordenado no devandito prazo xa que, se fose así, conduciría á nulidade de pleno dereito (art. 47).

É necesario que o apercibimento deixe claro cal é o acto incumprido.

A regra xeral é que a execución forzosa dun acto administrativo sexa levada a cabo pola mesma Administración pública que ditou o acto administrativo. Con todo, hai supostos nos que se produce a subrogación na execución de actos ditados por outra Administración pública, como nos supostos de fusión de municipios.

É frecuente a colaboración interadministrativa nos casos de execución forzosa. Precísase para iso a existencia dun título xurídico válido por parte da Administración pública que solicita a colaboración.

O procedemento de execución forzosa ten que axustarse a un procedemento regrado, ata o punto de que a súa inobservancia converte a acción administrativa na chamada vía de feito sempre que se trate de actos desfavorables ou de gravame xa que, cando se trata de actos favorables non é preciso someterse ao procedemento rigorosamente establecido, na medida en que a actuación administrativa amplía a esfera xurídica ou patrimonial do suxeito.

En caso dos chamados actos con dobre efecto, a execución someterase ao tratamento propio dos actos desfavorables.

Non todos os actos das administracións públicas son susceptibles de execución forzosa. O artigo 99 establece como excepcións á execución directa dos actos da Administración pública “os supostos en que se suspenda a execución de acordo coa lei, ou cando a Constitución ou a lei exixan a intervención dun órgano xudicial”.

Os supostos de suspensión vímolos no comentario do artigo 98 e, en consecuencia, remitímonos ao xa exposto.

Polo que se refire aos supostos nos que sexa necesaria a intervención xudicial, distinguimos entre os supostos nos que é o órgano xudicial o que realiza a execución do acto e os supostos nos que a intervención xudicial consiste en que a Administración pública ten que pedir autorización xudicial para executar.

O primeiro caso hoxe en día é absolutamente excepcional no noso ordenamento xurídico. De feito, só existe un suposto, que é o establecido no artigo 268 da Lei de reforma e desenvolvemento agrario aprobado polo Decreto do 12 de xaneiro de 1973: “A determinación pericial, unha vez firme, acompañada do documento fide-

digno que acredite o exercicio do dereito regulado no apartado 1.º do artigo 266 e, de ser o caso, a executoria que declara a procedencia da permuta, terá forza directamente executiva, e deberase levar a cabo por petición de calquera das partes, conforme o disposto nos artigos 919 e seguintes da Lei de axuízamento civil”.

Antes, o noso ordenamento xurídico prevía algúns supostos de execución de actos administrativos por parte dos órganos xudiciais en materia de multas de tráfico ou en relación coa recadación executiva da Seguridade Social, pero en ambos os casos procede hoxe en día a execución forzosa por parte da Administración pública.

O segundo caso é, por exemplo, cando a Administración pública lle solicita ao órgano xudicial autorización para entrar nun domicilio (art. 100.2) ou cando a Administración pública lle solicita ao órgano xudicial contencioso-administrativo autorización ou ratificación xudicial de adopción de medidas urxentes e sanitarias para a saúde pública e que impliquen a privación ou restrición dunha liberdade ou doutro dereito fundamental (art. 8.5 da LXCA 29/1998, do 13 de xullo).

Nestes casos, o xuíz non actúa na súa función xurisdicional típica de vulgar e facer executar o xulgado senón para garantir o dereito fundamental que se vexa afectado pola execución forzosa.

O órgano xudicial, á hora de examinar a solicitude de autorización xudicial por parte da Administración, deberá verificar a aparente legalidade do acto administrativo, é dicir, que fose ditado por unha autoridade competente e conforme o procedemento legalmente establecido.

Tamén deberá velar porque se garantan os dereitos fundamentais (Sentenza do Tribunal Constitucional do 17 de febreiro de 1984, recurso de amparo núm. 59/1983)

O feito de que o xuíz deba verificar a aparente legalidade do acto administrativo que se pretende executar non significa que deba facer un exame exhaustivo deste.

En opinión de Lafuente Benaches, “o xuíz debe limitarse a comprobar a existencia do acto, a súa correcta notificación e o cum-

primento das formalidades coas que, a partir dese momento, debe proceder a Administración”.

Que ocorre cando é a propia Administración a que incumpre un acto administrativo? É inviable que unha Administración se aplique a si mesma a súa propia coacción. García de Enterría di que a execución forzosa por parte da Administración pública é aplicable cando do acto resulta ser outra a persoa obrigada; se é a propia Administración a quen se lle imputa a obrigación que o acto declara, é obvio que a coacción administrativa non é un sistema hábil de execución forzosa posto que a Administración non pode aplicarse a si mesma a súa propia coacción.

E cando o incumprimento vén por parte doutra Administración sobre a que a Administración autora do acto carece de autoridade directa? Non existe acordo doutrinal ao respecto. Unha parte da doutrina entende que si cabe a execución forzosa sobre outra Administración cando a autora do acto exerza supremacía por pertenza instrumental ou tutela.

Con todo, Tomás Cobo Olvera entende que “non procede neste caso a execución forzosa xa que o lexislador vén sistematicamente impedindo e prohibindo a posibilidade de executar non xa actos administrativos senón tamén as propias sentenzas cando o obrigado ao cumprimento é unha Administración pública”, como no artigo 173 do Real decreto lexislativo 2/2004, do 5 de marzo, polo que se aproba o texto refundido da Lei reguladora das facendas locais.

#### **REFERENCIAS XURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Sentenza do Tribunal Constitucional, do 18 de xullo de 1991, recurso de amparo núm. 831/1988.

Sentenza do Tribunal Constitucional, do 17 de febreiro de 1984, recurso de amparo núm. 59/1983.

(2015). *Memento administrativo*. Ediciones Francis Lefreve, SA.

Ayala Muñoz, José María; García Gómez de Mercado, Francisco; Gutiérrez Delgado, José Manuel; Monedero.Montero de Espinosa, José Ignacio; Ripoll Martínez de Bedoya, María Dolores; Rivero González, Manuel; Sanz Gandásegui, Francisco; Veiga Labella,

- José Ignacio (2008). *Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo*. Thomson Aranzadi, SA.
- Cobo Olvera, Tomás (2008). *El régimen jurídico de las administraciones públicas y el procedimiento administrativo común*. La Ley.
- García de Enterría, Eduardo (1991). *Hacia a una nueva justicia administrativa*. Editorial Civitas.
- Lafuente Benaches, Mercedes (1991). *La ejecución forzosa de los actos administrativos por la Administración pública*. Editorial Tecnos.
- Tolosa Tribeño, César e García Gil, F. Javier (2004). *Procedimiento administrativo común y procedimientos especiales de las entidades locales*. DAPP Publicaciones jurídicas, SL.

### **Artigo 100. Medios de ejecución forzosa**

1. A *execución forzosa* polas administracións públicas efectuarase, respectando sempre o principio de proporcionalidade, polos seguintes medios:

- a) *Constrinximento sobre o patrimonio*.
- b) *Execución subsidiaria*.
- c) *Multa coercitiva*.
- d) *Compulsión sobre as persoas*.

2. Se fosen varios os medios de *execución admisibles* elixirase o menos restritivo da liberdade individual.

3. Se for necesario entrar no domicilio do afectado ou nos restantes lugares que requiran a *autorización do seu titular*, as administracións públicas deberán obter o consentimento deste ou, na súa falta, a oportuna *autorización xudicial*.

### **COMENTARIO:**

Os medios de *execución forzosa* previstos na nova lei son os mesmos ca os previstos no artigo 96 da LRX-PAC: *constrinximento sobre o patrimonio*, *execución subsidiaria*, *multa coercitiva* e *compulsión sobre as persoas*.

A nova lei volve establecer que a Administración pública á hora de elixir un medio de execución forzosa, cando haxa varios posibles, debe aplicar o principio de proporcionalidade e optar polo medio de execución forzosa que sexa menos restritivo para a liberdade individual, así como solicitar autorización xudicial para a entrada nun domicilio cando non haxa consentimento do titular.

En conclusión, o actual artigo 100 ten exactamente o mesmo contido ca o artigo 96 da LRX-PAC.

Segundo Cobo Olvera, os medios de execución forzosa son “os medios procedementais mediante os cales se pode levar a cabo a execución forzosa dun acto administrativo”.

Cabe preguntarse, en primeiro lugar, se a Administración pode acudir a outros medios de execución forzosa que non sexan os previstos no artigo 100, é dicir, se os medios que enumera a lei deben entenderse pechados ou abertos.

Non hai un acordo doutrinal respecto diso. Así, Cobo Olvera considera que “os medios procedementais mediante os que se pode levar a cabo a execución forzosa dun acto administrativo se entenderán como pechados, non cabe a aplicación doutros supostos ou modos distintos aos sinalados para levar a cabo coactivamente o cumprimento dun acto. Son supostos que, pola súa incidencia na esfera persoal e patrimonial da cidadanía, se entenderán como pechados, non cabe a aplicación doutros supostos ou modos distintos aos sinalados para levar a cabo coactivamente o cumprimento dun acto”.

En cambio, Parada Vázquez afirma que “a enumeración do artigo 100 resulta incompleta xa que nela non se recolle a ocupación, isto é, a forma de execución dos actos que lles imponen aos particulares un ben determinado”.

Con todo, Cobo Olvera considera “que máis que unha forma de execución forzosa, a ocupación é un resultado. A necesidade de ocupar un inmovible derivaría nun desafuzamento administrativo ou na execución dun acto resolutor dun expediente de recuperación de oficio que, en definitiva, se o particular se nega a cumprir o exposto,

habería que executar mediante o procedemento de compulsión sobre as persoas”.

A regulación da execución forzosa inspírase no principio de proporcionalidade.

O principio de proporcionalidade esixe unha ponderación dos medios para empregar en función dos motivos e fins que xustifiquen a medida. Este principio opera en dous supostos: con carácter xeral, sempre que haxa varios medios de execución admisible, a Administración pública debería optar polo medio menos restritivo para a liberdade individual e, cun carácter excepcional, nos casos nos que, existindo un único medio posible, é inadecuado e excesivo.

Agora ben, hai supostos nos que non cabe a aplicación deste principio, por exemplo, cando se vulneran plans urbanísticos. Nestes casos, a lei obriga á demolición, non é posible optar por outros medios para restaurar a realidade alterada.

Tamén opera na execución forzosa o principio *favor libertatis* que significa que, cando a Administración poida elixir entre distintos medios, deberá elixir o que sexa menos restritivo para a liberdade individual.

A non prestación da colaboración por parte da persoa interesada durante o curso do procedemento de execución forzosa do acto administrativo dá lugar a que a Administración executante solicite auxilio xudicial, pero non é constitutivo de infracción salvo que estableza outra cousa a lexislación sectorial.

As actuacións administrativas de execución requiren o previo apercibimento ao interesado de que falta de execución voluntaria pode dar lugar á execución forzosa, pero non é necesario que se conceda un prazo para facer alegacións (Sentenza da Sala do Contencioso-Administrativo, do 30 de maio de 2002, recurso de apelación núm. 5237/2001).

O último apartado do artigo 100 esixe autorización xudicial para a entrada no domicilio no caso de que non haxa consentimento por parte do titular.

Este requisito atopa o seu fundamento no artigo 18.2 da Constitución española, que dispón que “o domicilio é inviolable. Ningunha entrada ou rexistro poderá facerse nel sen consentimento do titular ou resolución xudicial, salvo en caso de flagrante delito”.

Con todo, este dereito fundamental non é absoluto e limita cos demais dereitos e cos dereitos dos demais e por iso a súa protección constitucional pode ceder en determinadas circunstancias, como consentimento do titular, delito flagrante e autorización xudicial.

Segundo o Tribunal Constitucional, o artigo 18 comprende non só o domicilio das persoas físicas senón tamén das persoas xurídicas (Sentenza do Tribunal Constitucional, do 17 de outubro de 1987, recurso de amparo núm. 124/1985).

O artigo 8.6 da LXCA 29/1998, do 13 de xullo, establece que os xulgados do contencioso-administrativo coñecerán tamén “das autorizacións para a entrada en domicilios e restantes lugares cuxo acceso requira o consentimento do seu titular, sempre que para iso proceda a execución forzosa por parte da Administración pública”.

Deste precepto despréndese, por unha banda, que a competencia para outorgar as autorizacións xudiciais de entrada en domicilio e outros lugares cuxo acceso requira o consentimento do titular corresponde aos xulgados do contencioso-administrativo e que a Administración pública non só ten que solicitar autorización xudicial para a entrada nun domicilio senón para calquera outro lugar cuxo acceso requira o consentimento do titular. O mesmo se desprende do artigo 91 da LOPX, que determina o seguinte: “Correspóndelles aos xulgados do contencioso-administrativo autorizar, mediante auto, a entrada en domicilios e nos restantes edificios ou lugares cuxo acceso requira o consentimento do titular”.

O órgano xudicial á hora de examinar a solicitude de autorización xudicial por parte da Administración deberá verificar a aparente legalidade do acto administrativo, é dicir, que fose ditado por unha autoridade competente e conforme o procedemento legalmente establecido. Tamén deberá velar porque se garantan os dereitos fundamentais.



Tomás Cobo Olvera entende que “o xuíz debe analizar o expediente administrativo e á vista deste outorgará ou denegará a entrada no domicilio. Agora ben, os aspectos que o xuíz do contencioso-administrativo ten que analizar son os formais, non os de fondo”.

O xuíz resolverá mediante auto as solicitudes de entrada no domicilio e noutros lugares que requiran o consentimento do titular e contra este auto cabe recurso de apelación (art. 80.1.d) da LXCA 29/1998, do 13 de xullo).

A esixencia de autorización xudicial para a entrada no domicilio recóllese noutras leis, como, en materia expropiatoria, no artigo 51 de Lei de expropiación forzosa do 16 de decembro de 1954, a cal determina “que para os efectos do disposto no artigo 91.2 da Lei orgánica 6/1985, do 1 de xullo, do poder xudicial, e 8.5 da Lei 29/1998, do 13 de xullo, da xurisdición contencioso-administrativa, unicamente terán a consideración de lugares cuxo acceso depende do consentimento do titular, en relación coa ocupación dos bens inmobles expropiados, ademais do domicilio das persoas físicas e xurídicas nos termos do artigo 18.2 da Constitución española, os locais pechados sen acceso ao público.

Respecto dos demais inmobles ou partes destes nos que non concorran as condicións expresadas no parágrafo anterior, a Administración expropiante poderá entrar e tomar posesión directamente deles, unha vez cumpridas as formalidades establecidas nesta lei, e solicitar do delegado do Goberno, se fose preciso, o auxilio das forzas e corpos de seguridade do Estado para proceder á súa ocupación”.

En materia tributaria, no artigo 113 da Lei xeral tributaria 58/2003, o cal dispón que “cando nos procedementos de aplicación dos tributos sexa necesario entrar no domicilio constitucionalmente protexido dun obrigado tributario ou efectuar rexistros neste, a Administración tributaria deberá obter o consentimento daquel ou a oportuna autorización xudicial”.

#### **REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo), do 30 de maio de 2002, recurso de apelación núm. 5237/2001.

Sentenza do Tribunal Constitucional, do 17 de outubro de 1996, recurso de amparo núm. 124/1985.

(2015). *Memento administrativo*. Ediciones Francis Lefreve, SA.

Ayala Muñoz, José María; García Gómez de Mercado, Francisco; Gutiérrez Delgado, José Manuel; Moedeiro Monedero de Espinosa, José Ignacio; Ripoll Martínez de Bedoya, María Dolores; Rivero González, Manuel; Sanz Gandásegui, Francisco; Veiga Labella, José Ignacio (2008). *Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo*. Thomson Aranzadi, SA.

Cobo Olvera, Tomás (2008). *El régimen jurídico de las administraciones públicas y el procedimiento administrativo común*. La Ley.

Parada Vázquez, Ramón (2012). *Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común*. Editorial Marcial Pons.

Tolosa Tribiño, César e García Gil, F. Javier (2004). *Procedimiento administrativo común y procedimientos especiales de las entidades locales*. DAPP Publicaciones jurídicas, SL.

### **Artigo 101. Constrinximento sobre o patrimonio**

*Se en virtude de acto administrativo ten que se satisfacer unha cantidade líquida, seguirase o procedemento previsto nas normas reguladoras do procedemento de constrinximento.*

*En calquera caso non se poderá impor aos administrados unha obriga pecuniaria que non estea establecida conforme unha norma de rango legal.*

#### **COMENTARIO:**

O actual artigo 101 da LPACAP non introduce variacións respecto do anterior artigo 97 da LRX-PAC.

O constrinximento sobre patrimonio pode cualificarse sen temor como o medio máis usual na práctica da execución forzosa.

De acordo co artigo 101 da nova lei, se segundo o acto administrativo houberse que satisfacer unha cantidade líquida, seguirase o procedemento establecido nas normas reguladoras do procedemento de constrinximento.

Polo tanto, é preciso:

1) Que se execute un crédito líquido (ou liquidable por operacións meramente aritméticas) de carácter público, é dicir, emanado dun acto administrativo no sentido de actuación administrativa de carácter público.

2) Que a cantidade que se reclama resulte dunha norma con rango legal. Esta previsión atopa o seu fundamento constitucional no principio de legalidade en materia de prestacións patrimoniais públicas que consagra o artigo 31.3 da Constitución española.

Con todo, a Administración non pode acudir a este procedemento para cobrar créditos de titularidade pública pero que se xeren de acordo con actuacións privadas. Polo tanto, acudirase ao procedemento de constrinximento cando sexa titular do crédito unha Administración pública e o contido económico deste estea ligado á función pública, non privada. Nos casos en que se xeren os créditos derivados de relacións privadas, a Administración deberá acudir aos mecanismos ordinarios de execución: proceso declarativo e execución xudicial posterior.

A lei non sinala nada máis en relación co procedemento de constrinximento xa que fundamentalmente se atopa regulado nos artigos 160 e seguintes da Lei xeral tributaria 58/2003, do 17 de decembro (LXT) (esta norma estará vixente ata o 1 de xaneiro de 2017) e o Regulamento xeral de recadación do 29 de xullo de 2005 (RXR).

É obrigado facer unha breve referencia ao procedemento de constrinximento. É un procedemento exclusivamente administrativo, tal e como sinala o artigo 163 da LXT, que se iniciará mediante providencia notificada ao debedor na que se identificará a débeda pendente e se lle requirirá que realice o pagamento coa recarga correspondente.

Esta providencia, expedida polo órgano competente, é título suficiente que inicia o procedemento de constrinximento e ten a mesma forza executiva que a sentenza xudicial para proceder contra bens e dereitos dos obrigados ao pagamento (art. 28 e 167 da LXT).

Contra a providencia da vía de constrinximento só serán admisibles os motivos de oposición taxados no artigo 167.3 da LXT.

Polo seu carácter de medio de execución forzosa da Administración, en calquera caso, a fiscalización da vía de constrinximento correspóndelles, neste último termo, aos xulgados e tribunais do contencioso-administrativo.

Se o debedor non fixese o pagamento dentro do prazo que regulamentariamente se estableza, procederáase ao embargo dos seus bens, do que se advertirá na providencia de constrinximento (art. 167.4 da LXT).

Se a débeda estivese garantida, procederáase en primeiro lugar a executar a garantía a través do procedemento de constrinximento. Con todo, a Administración tributaria poderá optar polo embargo e alleamento doutros bens ou dereitos con anterioridade á execución da garantía cando esta non sexa proporcionada á débeda garantida ou cando o obrigado o solicite, sinalando bens suficientes para o efecto (168).

O embargo efectuaráase nos termos previstos nos artigos 169 e seguintes.

Tras o embargo, a segunda fase do procedemento de constrinximento é o alleamento, salvo nos casos expresamente regulados polo regulamento para certas categorías de bens, que se levará a cabo mediante poxa, concurso ou adxudicación directa (art. 172.1 da LXT e 100, 106 e 107 do RXR). Tamén pode concluír coa adxudicación en favor da Facenda pública dos bens que non cheguen a allearse polo procedemento establecido no RXR, polo importe da débeda non pagada, ata o 75 % do tipo inicial como máximo (art. 172.2 da LXT).

En calquera momento anterior á adxudicación dos bens, poden liberarse estes mediante o pagamento da totalidade da débeda e as custas do procedemento (art. 172.4 da LXT).

Finalmente, o artigo 173 determina que o procedemento de constrinximento termina:

- a) Co pagamento da cantidade debida.
- b) Co acordo que declare o crédito total ou parcialmente incorrible.

Aínda que a regulación estatal ten aplicabilidade xeral e é aplicable por todas as administracións públicas, no caso de que exista disposición específica autonómica, resulta de aplicación cando se trate de executar por vía de constrinximento actos da respectiva comunidade autónoma e, de ser o caso, das entidades locais situadas no seu territorio, sempre que o tipo de ingreso perseguido responda ao previsto na regulación específica.

No caso da Comunidade Autónoma galega, atopamos normas específicas, entre outras o artigo 16.6 da Lei 6/2003, do 9 de decembro, de taxas, prezos e exaccións reguladoras da Comunidade Autónoma de Galicia, que determina que a Administración “esixirá por vía de constrinximento as débedas tributarias polas taxas devindicadas e non satisfeitas nos prazos establecidos regulamentariamente, conforme a normativa que sexa de aplicación e no artigo 15.2.b) do Decreto 61/2005, do 7 de abril que determina que en período executivo, a recadación das taxas e dos prezos públicos, se efectuará coercitivamente, por vía de constrinximento sobre o patrimonio do obrigado que non cumprise a obrigaón ao seu cargo en período voluntario”.

Dentro das disposicións específicas autonómicas, podemos destacar o artigo 39 da Lei 1/2015, do 1 de abril, de garantía da calidade dos servizos públicos e da boa administración que establece que “nos casos de xestión indirecta e para os efectos da garantía da sustentabilidade financeira do servizo público, o réxime xurídico do servizo poderá prever que, nos casos de prestación do servizo e falta de pagamento das tarifas establecidas no contrato como contraprestación a cargo das persoas usuarias, as cantidades debidas teñan a consideración de créditos de dereito público cuxa recadación en vía executiva corresponda aos órganos competentes da Administración, atendidas a situación estatutaria das persoas usuarias do servizo e a responsabilidade última da Administración sobre este”.

En relación coa Administración local, debemos puntualizar que os competentes para ditar as providencias de constrinximento son os tesoureiros e as providencias de embargo, os xefes de servizo de recadación (art. 70.3 do RXR).

O apartado segundo determina que “En calquera caso non poderá impoñerse aos administrados unha obrigación pecuniaria que non estivese establecida de acordo cunha norma legal”. Esta previsión atopa o seu fundamento constitucional no principio de legalidade en materia de prestacións patrimoniais públicas que consagra o artigo 31.3 da Constitución española.

#### **REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

- (2015). *Memento administrativo*. Ediciones Francis Lefreve, SA.
- Ayala Muñoz, José María; García Gómez de Mercado, Francisco; Gutiérrez Delgado, José Manuel; Monedero Montero de Espinosa, José Ignacio; Ripoll Martínez de Bedoya, María Dolores; Rivero González, Manuel; Sanz Gandásegui, Francisco; Veiga Labella, José Ignacio (2008). *Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo*. Thomson Aranzadi, SA.
- Cobo Olvera, Tomás (2008). *El régimen jurídico de las administraciones públicas y el procedimiento administrativo común*. La Ley.
- Tolosa Tribiño, César e García Gil, F. Javier (2004). *Procedimiento administrativo común y procedimientos especiales de las entidades locales*. DAPP Publicaciones jurídicas, SL.

#### **Artigo 102. Execución subsidiaria**

1. Procederá a execución subsidiaria cando se trate de actos que, por non seren persoalísimos, poidan ser realizados por suxeito distinto do obrigado.

2. Neste caso, as administracións públicas realizarán o acto, por si ou a través das persoas que determinen, á custa do obrigado.

3. O importe dos gastos, danos e perdas exixirase conforme o disposto no artigo anterior.

4. O dito importe poderase liquidar de forma provisoria e realizarse antes da execución, sen prexuízo da liquidación definitiva.

**COMENTARIO:**

O artigo 102 da LPACAP, relativo á execución subsidiaria, non introduce variacións respecto do artigo 98 da LRX-PAC. A Administración utiliza este medio de execución forzosa cando se trata de actos non persoalísimos que poidan ser realizados por un suxeito distinto ao obrigado e se esixa o cumprimento dunha obrigaón de facer.

A execución subsidiaria consiste na realización efectiva e material do contido resolutorio do acto administrativo no caso de que non se leve a cabo voluntariamente polo administrado obrigado a iso.

Poden recollerse as seguintes achegas da xurisprudencia sobre execución forzosa:

1) O seu exercicio require como legal condición a efectiva resistencia polos administrados fronte aos requirimentos que se lles fagan para levar a cabo a prestación.

2) A Administración limitarase ao acto a que estaba obrigado o sancionado, sen realizalo por procedementos máis custosos, e limitarase a executar estritamente a parte non cumprida.

3) É necesario un apercibimento previo á persoa interesada que cumprirá unhas mínimas formalidades que evidencien a inequívocidade da prestación ordenada, a concesión dun prazo para levala a efecto, o apercibimento de execución subsidiaria e os medios de impugnación da decisión adoptada.

4) A Administración concretará con precisión a forma na que deberá efectuar a prestación o executado e daralle a este un prazo suficiente para cumprir voluntariamente o acto administrativo antes de pasar á execución subsidiaria.

5) Se o administrado acepta de forma voluntaria a realización de parte do contido do acto, a execución subsidiaria só pode acordarse respecto do resto.

6) O importe dos gastos, danos e perdas esixírase conforme o procedemento de constrinximento administrativo. A liquidación pode facerse de forma provisional antes da execución, a reserva da liqui-

dación definitiva. Se a cantidade provisionalmente executada supera a definitiva, xérase o correspondente dereito ao reintegro a favor do administrado. Non pode a Administración facer unilateralmente a liquidación dos gastos que xere a execución subsidiaria senón que a determinación de gastos debe realizarse nun procedemento contradictorio con audiencia do interesado.

Non debe interpretarse este precepto no sentido literal de que a liquidación definitiva permita incluír calquera tipo de gasto senón que se limita a permitirlle á Administración facer un pagamento a conta.

Na execución subsidiaria, a Administración pode optar por realizar o acto por si mesma ou a través doutras persoas. No caso de que opte porque a realicen outras persoas, ten que acudir á contratación administrativa. Se a Administración pública quere encomendarlle a execución subsidiaria a unha empresa privada, debe contratar con ela cumprindo os requisitos legais para a contratación de obra pública e esa contratación, ademais, debe esixir unhas determinadas formalidades e respectar o principio de libre concorrencia previsto no artigo 38. Non poden admitirse contratacións administrativas que implicitamente tenden a eliminar ou falsear as consecuencias rigorosas que derivan do principio de liberdade de mercado.

No caso de que a Administración lle encargue a un terceiro a execución subsidiaria, este pode ter natureza pública ou privada. O feito de que a Administración lle encargue a execución subsidiaria a un terceiro de natureza privada non inflúe na natureza do crédito que posúe a Administración contra o obrigado, xa que segue tendo natureza pública. Isto ten a súa relevancia para os efectos de que se pode acudir ao procedemento de constrinximento para esixir o seu cobramento.

A lei non determina en que supostos pode a Administración acudir a este medio de execución forzosa, a diferenza do que ocorre con outros medios, como as multas coercitivas que só caben nos supostos legalmente previstos. Débese a que é un medio de execución que non supón elemento de gravame ningún en relación co acto que se pretende executar.



Taboas Bentanachs considera que podería incluírse “calquera suposto en que se trate de actos que, por non ser persoalísimos, poidan ser realizados por suxeito distinto do obrigado”.

Tomás Cobo Olvera considera “que é a forma máis idónea de executar un acto, cando se trata de actos non persoalísimos que poidan ser realizados por unha persoa distinta á obrigada e ha de referirse sempre a obrigacións de facer”.

Un exemplo de execución subsidiaria é a actuación da Administración en substitución do administrado obrigado a demoler unha construción realizada sen o oportuno permiso ou a revestir a fachada da casa.

As ordes de execución normalmente conteñen unha advertencia de que, en caso de non executarse voluntariamente polo obrigado, se levará a cabo a execución subsidiaria por parte da Administración.

A orde ten que ser proporcionada co fin que se pretenda e congruente cos motivos que a xustifican, e débese elixir o mecanismo menos restritivo da vontade individual. Só se poden ordenar as obras estritamente necesarias para o fin perseguido.

Non poden ser xenéricas senón que requiren para a súa validez e eficacia a concreción das obras que teña que realizar o propietario. A ausencia da concreción determina que o requirimento da Administración sexa desconforme a dereito.

#### **REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

- (2015). *Memento administrativo*. Ediciones Francis Lefreve, SA.
- Ayala Muñoz, José María; García Gómez de Mercado, Francisco; Gutiérrez Delgado, José Manuel; Moedeiro Monedero de Espinosa, José Ignacio; Ripoll Martínez de Bedoya, María Dolores; Rivero González, Manuel; Sanz Gandásegui, Francisco; Veiga Labella, José Ignacio (2008). *Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo*. Thomson Aranzadi, SA.
- Cobo Olvera, Tomás (2008). *El régimen jurídico de las administraciones públicas y el procedimiento administrativo común*. La Ley.

Taboas Bentanachs, Manuel (1993). *Administraciones públicas y ciudadanos*. Editorial Praxis.

Tolosa Tribiño, César e García Gil, F. Javier (2004). *Procedimiento administrativo común y procedimientos especiales de las entidades locales*. DAPP Publicaciones jurídicas, SL.

### **Artigo 103. Multa coercitiva**

1. *Cando así o autoricen as leis, e na forma e contía que estas determinen, as administracións públicas poden, para a execución de determinados actos, impor multas coercitivas, reiteradas por lapsos de tempo que sexan suficientes para cumprir o ordenado, nos seguintes supostos:*

a) *Actos persoalísimos en que non proceda a compulsión directa sobre a persoa do obrigado.*

b) *Actos en que, procedendo a compulsión, a Administración non a considere conveniente.*

c) *Actos cuxa execución poida o obrigado encargar a outra persoa.*

2. *A multa coercitiva é independente das sancións que poidan imporse con tal carácter e compatible con elas.*

### **COMENTARIO:**

O artigo 103 da LPACAP non vén introducir variacións respecto do artigo 99 da LRX-PAC que establecía tamén as multas coercitivas. A multa coercitiva é un medio de execución forzosa cuxa finalidade é favorecer o cumprimento dunha determinada conduta por parte do administrado.

Podemos definilo como un medio de execución forzosa, como unha medida de constringimento económico adoptada logo do oportuno apercibimento, reiterada en lapsos de tempo e tendente a obter a acomodación dun comportamento obstante do destinatario do acto ao disposto na decisión administrativa previa.

A diferenza do que ocorre con outros medios de execución, en relación coa multa coercitiva, a lei si determina en que supostos pode utilizarse, que son os seguintes:

- Actos persoalísimos nos que non proceda a compulsión sobre as persoas.
- Actos nos que, procedendo a compulsión sobre as persoas, a Administración non o estimase conveniente.
- Actos cuxa execución o obrigado poida encargarlle a outra persoa. Con todo, García de Enterría e Tomás Ramón Fernández consideran que, se a execución do acto a pode levar a cabo unha persoa distinta da obrigada, o lóxico é que se acuda á execución subsidiaria que garante unha execución máis rápida e responde mellor ao principio de proporcionalidade.

En canto á natureza xurídica das multas coercitivas, non cabe equiparar as multas coercitivas ás sancións. Xa o sinala expresamente o artigo 103 cando di que “a multa coercitiva é independente das sancións que poidan impoñerse con tal carácter e compatible con elas”.

As multas coercitivas son distintas ás sancións xa que responden a unha finalidade distinta. A finalidade da multa coercitiva é exercer presión sobre o obrigado para que cumpra coa súa obrigaón e a finalidade da sanción é exercer presión sobre o infractor.

Ao non constituír unha sanción, non lle son aplicables os principios da potestade sancionadora senón que se rexe polo seu propio réxime e, polo tanto, non poderá entenderse vulnerado o principio *non bis idem* cando se impoñan simultaneamente multas coercitivas e sancións.

Ao non ser unha multa coercitiva unha sanción, non goza das garantías desta.

Da mesma forma que as sancións non poden considerarse multas coercitivas, motivo polo cal a Administración non pode impoñer unha sanción para esixir o cumprimento dun acto.

É discutible se procede impoñer tales multas en execución de actos.

O certo é que a lei admite esta posibilidade, por exemplo, o artigo 119 do Real decreto lei 1/2001 polo que se aproba o texto refundido

da Lei de augas, que prevé a posibilidade de que os órganos sancionadores impoñan multas coercitivas.

García de Enterría e Tomás Ramón Fernández sinalan que no artigo 103 se emprega o termo “leis”, o cal expón a dúbida de se se refire a leis de carácter formal ou a calquera tipo de norma xurídica. Conclúen que, dado o carácter excepcional deste medio de execución forzosa e o feito de que a súa utilización se traduza na imposición de novas cargas para o particular afectado, obriga a inclinarse pola primeira solución e a afirmar que só por lei formal poderá utilizarse este procedemento.

A utilización deste medio de execución forzosa, do mesmo xeito que sucede cos demais medios de execución, supón a aplicación do principio de proporcionalidade. O principio de proporcionalidade débese ter en conta en toda actuación administrativa pero, sobre todo, en materia de multas coercitivas, porque a finalidade do acto non pode quedar desvinculada en ningún momento da causa que o determinen, polo que debe reducirse a multa no que sexa desproporcionada.

Xunto ao principio de débese ter en conta que aínda que cabe a súa reiteración no tempo, esta ha de ter lugar en lapsos de tempo razoablemente extensos.

En caso de falta de pagamento das multas coercitivas, a Administración pode acudir á vía do constrinximento para esixir o cobramento.

A lexislación estatal contén normas específicas en materia de multas coercitivas como, entre outros, nos seguintes supostos:

– Artigo 67 da Lei 15/2007, do 3 de xullo, de defensa da competencia: “A Comisión Nacional da Competencia, independentemente das multas sancionadoras e sen prexuízo da adopción doutras medidas de execución forzosa previstas no ordenamento, poderá impoñer, logo de lles requirir o cumprimento ás empresas, asociacións, unións ou agrupacións destas, e axentes económicos en xeral, multas coercitivas de ata 12.000 euros ao día co fin de obrigalas:

- a) A cesar nunha conduta que fose declarada prohibida conforme o disposto na lei.

- b) A desfacer unha operación de concentración que fose declarada prohibida conforme o disposto na lei.
- c) A remover os efectos provocados por unha conduta restritiva da competencia.
- d) A cumprir os compromisos ou condicións adoptados nas resolucións da Comisión Nacional da Competencia ou nos acordos de Consello de Ministros segundo o previsto na presente lei.
- e) A cumprir o ordenado nunha resolución, requirimento ou acordo da Comisión Nacional da Competencia ou do Consello de Ministros.
- f) A cumprir o deber de colaboración establecido no artigo 39.
- g) A cumprir as medidas cautelares”.

– Artigo 55 da Lei 22/2011, do 28 de xullo, de residuos e solos contaminados: “Se os infractores non procedesen á restauración ou indemnización, de acordo co establecido no artigo 54, e unha vez transcorrido o prazo sinalado no requirimento correspondente, a Administración instrutora poderá acordar a imposición de multas coercitivas ou a execución subsidiaria. A contía de cada unha das multas coercitivas non superará, de ser o caso, un terzo da multa fixada por infracción cometida.

A imposición de multas coercitivas esixirá que no requirimento se indique o prazo de que se dispón para o cumprimento da obrigaición e a contía da multa que pode ser imposta. En todo caso, o prazo deberá ser suficiente para cumprir a obrigaición. No caso de que, unha vez imposta a multa coercitiva, se manteña o incumprimento que a motivou, poderá reiterarse por lapsos de tempo que sexan suficientes para cumprir o ordenado. As multas coercitivas son independentes e compatibles coas que se poidan impoñer en concepto de sanción.

A execución forzosa de resolucións que obriguen a realizar as medidas de prevención, de evitación e de reparación de danos ambientais serán as reguladas polo artigo 47 da Lei 26/2007, do 23 de outubro”.

– Artigo 20.3 da Lei 3/1995, do 23 de marzo, de vías pecuarias: “Con independencia das que poidan corresponder en concepto de

sanción, o órgano sancionador poderá acordar a imposición de multas coercitivas de acordo co disposto no artigo 99 da Lei 30/1992, unha vez transcorridos os prazos sinalados no requirimento correspondente. A contía de cada unha das devanditas multas non superará o 20 por 100 da multa fixada pola infracción correspondente”.

No ámbito da nosa comunidade autónoma atopamos algunhas normas específicas, por exemplo, o artigo 63 da Lei 2/2005, do 18 de febreiro, de promoción e defensa da calidade alimentaria galega: “No caso de que o operador alimentario non realice as actividades ordenadas pola inspección ou non aplique as medidas cautelares que se lle impoñen, o órgano competente para confirmar a medida cautelar poderá impoñer multas coercitivas de ata 3000 euros cunha periodicidade de tres meses ata o cumprimento total das obrigas impostas”.

#### **REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

- (2015). *Memento administrativo*. Ediciones Francis Lefreve, SA.
- Ayala Muñoz, José María; García Gómez de Mercado, Francisco; Gutiérrez Delgado, José Manuel; Monedero Montero de Espinosa, José Ignacio; Ripoll Martínez de Bedoya, María Dolores; Rivero González, Manuel; Sanz Gandásegui, Francisco; Veiga Labella, José Ignacio (2008). *Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo*. Thomson Aranzadi, SA.
- Cobo Olvera, Tomás (2008). *El régimen jurídico de las administraciones públicas y el procedimiento administrativo común*. La Ley.
- García de Enterría, Eduardo e Fernández Rodríguez, Tomás-Ramón (2011). *Curso de derecho administrativo*. Editorial Civitas.
- Tolosa Tribiño, César e García Gil, F. Javier (2004). *Procedimiento administrativo común y procedimientos especiales de las entidades locales*. DAPP Publicaciones jurídicas, SL.

#### **Artigo 104. Compulsión sobre as persoas**

1. Os actos administrativos que impoñan unha obrigaón persoalísima de non facer ou soportar poderán ser executados por compulsión directa

*sobre as persoas nos casos en que a lei expresamente o autorice, e dentro sempre do respecto debido á súa dignidade e aos dereitos recoñecidos na Constitución.*

*2. Se, tratándose de obrigacións persoalísimas de facer, non se realizase a prestación, o obrigado deberá resarcir os danos e perdas, a cuxa liquidación e cobramento se procederá en vía administrativa.*

### **COMENTARIO:**

O actual artigo 104 da LPACAP, relativo á “compulsión sobre as persoas” é unha reprodución do anterior artigo 100 da LRX-PAC.

Os actos administrativos que impoñan unha obrigación persoalísima de non facer ou soportar poden ser executados por compulsión directa sobre as persoas nos supostos nos que a lei o autorice e respectando sempre os dereitos recoñecidos na Constitución española e os demais dereitos subxectivos da persoa interesada.

Este é o último e máis radical dos medios de execución forzosa previstos na lei, xa que consiste en forzar o suxeito a cumprir persoalmente o mandato dun acto administrativo. Non só é o último en canto á súa regulación senón que tamén ten que ser o último remedio ante a inexecución voluntaria do acto administrativo. Por iso é polo que a Administración só pode acudir a este medio nos seguintes casos:

1) Que se trate dunha obrigación de soportar ou non facer persoalísima. Por obrigación persoalísima enténdese aquela que só pode cumprir o obrigado *in natura*. E ten que ser, ademais, unha obriga de non facer, non pode aplicarse a compulsión sobre as persoas en relación cunha obrigación de facer, aínda que sexa persoalísima. Neste último caso, o incumprimento só dará lugar a un cumprimento por equivalencia, un resarcimento por danos e perdas.

2) Cando a lei o prevexa.

3) Dentro do respecto sempre á dignidade das persoas e aos dereitos recoñecidos na Constitución. Neste punto temos que traer a colación o artigo 15 da CE que dispón que “todos teñen dereito á vida e á integridade física e moral, sen que, en ningún caso, poidan

ser sometidos a tortura nin a penas ou tratos inhumanos ou degradantes” e o artigo 17 do texto constitucional que garante o dereito á liberdade e seguridade persoal.

A extrema gravidade desta técnica obriga a postular que a súa aplicación só é lícita cando os demais medios de execución non se corresponden en absoluto coa natureza da situación creada e a lei o autorice.

Por iso é polo que se impón o criterio do mínimo indispensable da medida compulsoria, o da súa proporcionalidade ás circunstancias e que se admita a impugnación de todas as disposicións e actos relacionados con estas medidas, tal e como dispón a Lei orgánica 4/1981, do 1 de xuño, sobre os estados de alarma, excepción e sitio.

Na maioría dos casos, este medio de execución forzosa prodúcese sobre as persoas físicas, pero tamén cabe a súa aplicación en relación coas persoas xurídicas a través das persoas físicas que son responsables ou dependentes delas.

A lei prevé, entre outros, os seguintes supostos de compulsión sobre as persoas:

- Recuperación posesoria: a Administración pública está facultada para restablecer por si mesma a situación posesoria preexistente, poñendo fin á perturbación cometida por terceiros mediante a utilización de todos os medios compulsorios admitidos, especialmente compulsión sobre as persoas.

A Lei galega de patrimonio 5/2011, do 30 de setembro, ocúpase da recuperación posesoria por parte da Administración pública nos artigos 122 e 123 e é o artigo 123.3 o que se refire expresamente á compulsión sobre as persoas: “A resolución pola que se acorde a recuperación posesoria é inmediatamente executiva. En caso de resistencia ao seu cumprimento voluntario, logo de apercibimento, poderá ser executada forzosamente a través da imposición de tres multas coercitivas sucesivas do 3, 7 e 15 % do valor dos bens ocupados, reiteradas por períodos non inferiores a dez días ata a total satisfacción do resolto.



De persistir a resistencia á execución, ou de estimarse máis conveniente por razóns de eficacia ou urxencia, procederá a súa execución forzosa subsidiaria e, de ser o caso, a directa compulsión sobre as persoas, para o que poderá solicitarse o auxilio das forzas e corpos de seguridade”.

- O desafiuzamento administrativo: o desafiuzamento administrativo consiste no lanzamento polos axentes da Administración de quen ocupa sen título bastante certos bens.

O Tribunal Supremo matiza que só se pode acudir ao desafiuzamento administrativo cando a relación entre as partes é administrativa, pero non se é civil, como sucede no caso do aproveitamento de montes de carácter patrimonial (Sentenza da Sala do Contencioso-Administrativo do 19 de febreiro de 1996, recurso de casación núm. 300/1991).

En todo caso, para proceder ao desafiuzamento administrativo é preceptivo solicitar autorización xudicial. Neste sentido, Cobo Olvera advirte que, en caso de desafiuzamento administrativo, “se o particular se nega a cumprir o resolto, habería que executalo mediante o procedemento de compulsión sobre as persoas”.

O desafiuzamento administrativo dáse, por exemplo, en materia de vivendas de protección oficial (art. 81 e ss. da Lei 8/2012, do 29 de xuño, de vivenda de Galicia). Terá lugar o desafiuzamento administrativo cando concorran algunhas das causas previstas no artigo 81:

“a) Faltar o pagamento das rendas pactadas no contrato de arrendamento ou das cantidades a que estea obrigada a persoa adxudicataria no acceso diferido á propiedade, así como das cantidades que lle sexan esixibles por servizos, gastos comúns ou calquera outra establecida na lexislación vixente.

b) Ser sancionada por infracción grave ou moi grave das tipificadas na presente lei mediante resolución firme en vía administrativa.

- c) Non destinar a vivenda a domicilio habitual e permanente sen obter a preceptiva autorización administrativa de desocupación nos termos que se determinen regulamentariamente.
- d) Ceder ou subarrendar total ou parcialmente a vivenda, local ou edificación baixo calquera título.
- e) Destinar a vivenda, local ou edificación complementaria a un uso indebido ou non autorizado.
- f) Ocupar unha vivenda ou as súas zonas comúns, locais ou edificacións complementarias sen título legal.
- g) Realizar obras que alteren a configuración da vivenda ou menoscaben a seguridade do edificio, así como causar a persoa ocupante, beneficiaria, arrendataria ou as persoas que con ela convivan deterioracións graves nel, nas súas instalacións ou nos servizos complementarios.
- h) Incumprir a obrigaición de conservación e mantemento da vivenda.
- i) Desenvolver no piso ou local, ou no resto do inmovible, actividades prohibidas nos estatutos da comunidade ou que resulten danosas para o predio ou para as persoas ocupantes”.

Tamén se regula o desafuzamento administrativo en materia de bens patrimoniais nos artigos 124 e 125 da Lei galega de patrimonio 5/2011, do 30 de setembro. O artigo 124 dispón que “a Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia e as súas entidades públicas instrumentais poderán recuperar en vía administrativa a posesión dos seus bens demaniais cando decaesen ou desaparecesen o título, as condicións ou as circunstancias que lexitimaban a súa ocupación por terceiros. Tamén poderán exercer esta potestade sobre bens e dereitos que se incorporen aos seus patrimonios por sucesión na posición xurídica do transmitente, cando a posesión a perdese o seu anterior titular”.

E o artigo 125 ocúpase do procedemento do desafuzamento administrativo: “O procedemento de desafuzamento iniciárase de oficio. O prazo máximo para resolver é de seis meses. Transcorrido este prazo sen ditarse e notificarse a correspon-

dente resolución, caducará o procedemento e acordarase o arquivo das actuacións.

2. O exercicio da potestade de desafuzamento exercerase, en todo caso, logo da declaración da extinción ou caducidade do título que outorgaba o dereito de utilización dos bens de dominio público.

3. A resolución do procedemento, ademais de acordar, se procede, a devolución do detido e a restitución ou compensación do danado ou alterado, poderá determinar a indemnización correspondente polas perdas ocasionadas pola indebida posesión, incluíndo os gastos orixinados na tramitación do procedemento e, en todo caso, o valor da utilidade que reportase. Os seus importes poden facerse efectivos polo procedemento de constrinximento.

4. A resolución pola que se acorde a recuperación posesoria é inmediatamente executiva. En caso de resistencia ao seu cumprimento voluntario, logo de apercibimento, poderá ser executada forzosamente a través da imposición de tres multas coercitivas sucesivas do 3, 7 e 15 % do valor dos bens detidos, reiteradas por períodos non inferiores a dez días ata a total satisfacción do resolto.

De persistir a resistencia á execución, ou de estimarse máis conveniente por razóns de eficacia ou urxencia, procederá a súa execución forzosa subsidiaria e, de ser o caso, a directa compulsión sobre as persoas, para o que poderá solicitarse o auxilio das forzas e corpos de seguridade.

5. Regulamentariamente desenvolverase o procedemento regulado neste artigo”.

- O mantemento da orde pública e da seguridade cidadá (Lei orgánica 1/1992).
- En materia de saúde pública, “as autoridades sanitarias competentes poderán adoptar medidas de recoñecemento, tratamento, hospitalización ou control cando se aprecien indicios racionais que permitan supoñer a existencia de perigo para a saúde da poboación debido á situación sanitaria concreta dunha persoa

ou grupo de persoas ou polas condicións sanitarias en que se desenvolva unha actividade” (art. 2 da Lei orgánica 3/1986, do 14 de abril, de medidas especiais en materia de saúde pública).

Haberá que solicitar autorización ou ratificación xudicial aos xulgados do contencioso-administrativo das medidas que as autoridades sanitarias consideren urxentes e necesarias para a saúde pública e impliquen privación ou restrición da liberdade ou doutro dereito fundamental de acordo co artigo 8.5 LXCA 29/1998, do 13 de xullo.

- A compulsión sobre as persoas resulta tamén frecuente no caso de execución de actos administrativos sobre os administrados cualificados como reclusos (Real decreto 190/1996).

#### **REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo), do 19 de febreiro de 1991, recurso de casación núm. 300/1991.

(2015). *Memento administrativo*. Ediciones Francis Lefreve, SA.

Ayala Muñoz, José María; García Gómez de Mercado, Francisco; Gutiérrez Delgado, José Manuel; Moedeiro Monedero de Espinosa, José Ignacio; Ripoll Martínez de Bedoya, María Dolores; Rivero González, Manuel; Sanz Gandásegui, Francisco; Veiga Labella, José Ignacio (2008). *Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo*. Thomson Aranzadi, SA.

Cobo Olvera, Tomás (2008). *El régimen jurídico de las administraciones públicas y el procedimiento administrativo común*. La Ley.

Tolosa Tribiño, César e García Gil, F. Javier (2004). *Procedimiento administrativo común y procedimientos especiales de las entidades locales*. DAPP Publicaciones jurídicas, SL.

#### **Artigo 105. Prohibición de acciones posesorias**

*Non se admitirán a trámite accións posesorias contra as actuacións dos órganos administrativos realizadas en materia da súa competencia e de acordo co procedemento legalmente establecido.*

**COMENTARIO:**

As accións posesorias protexen o simple feito da posesión, amparando o posuidor contra calquera perturbador pero sen solicitar unha declaración sobre dereito ningún. As previstas na vixente Lei de axuizamento civil 1/2000, do 7 de xaneiro, substituíron os denominados “interdictos” da Lei de axuizamento civil de 1881.

Por iso é polo que o único cambio que introduce a LPACAP en relación co artigo 101 da LRX-PAC é a denominación; xa non se utiliza a denominación tradicional de interdictos e pasa a recollese na nova lei a denominación de accións posesorias, pero o contido segue sendo exactamente o mesmo.

Resulta discutible se tras a entrada en vigor da LAC os xuízos verbais de tutela sumaria da posesión ou tenza, os relativos á paralización dunha obra nova e os que pretenden evitar causar danos por edificios ou elementos ruinosos continúan denominándose interdictos. O certo é que a maioría da doutrina entende que do texto da lei non se extrae razón para entendela obsoleta.

O concepto de vía de feito ten a súa orixe no dereito administrativo francés. A construción clásica que se inicia a partir de Hauriou consiste en que a actuación da Administración constitúe unha vía de feito ben cando actúa sen adoptar previamente unha decisión que lle sirva de fundamento ben cando si adoptou esa decisión previa pero executa o acto dunha maneira irregular.

Polo tanto, son dous supostos nos que se produce a vía de feito:

1. Inexistencia do acto de cobertura.
2. Irregularidade na execución aínda que exista o acto de cobertura.

Na actualidade podemos distinguir dúas posturas doutriniais e xurisprudenciais: os que entenden que a vía de feito se produce cando non existe cobertura xurídica de ningún tipo ou cando a actuación administrativa é nula de pleno dereito e os que entenden que se produce a vía de feito sempre que a actuación administrativa non se realice conforme o procedemento legalmente establecido.

A maioría opta por entender que non hai vía de feito cando se produce unha mínima infracción do ordenamento xurídico que non afecte os dereitos fundamentais da cidadanía e non produza indefensión.

Nun primeiro momento, o concepto de vía de feito operaba principalmente no ámbito do dereito da propiedade. Pronto a necesidade de control se fixo patente nos supostos de expropiación forzosa.

Por iso é polo que o artigo 125 da LEF de 1954 dispoñía que “sempre que sen cumprirse os requisitos substanciais de declaración de utilidade pública ou interese social, necesidade de ocupación e tras o pagamento de depósito, segundo proceda, nos termos establecidos nesta lei, a Administración ocupase ou tentase ocupar a cousa obxecto da expropiación, o interesado poderá utilizar, á parte dos demais medios legais procedentes, os interdictos de reter e recobrar para que os xuíces o amporen e, de ser o caso, lle reintegren a súa posesión ameazada ou perdida”.

Posteriormente, o concepto de vía de feito esténdese a toda a actividade administrativa en xeral. Neste sentido, a nova lei de procedemento, reiterando xa o previsto na LRX-PAC e na Lei de procedemento administrativo de 1958, establece que non se admitirán accións posesorias contra a Administración cando actúe dentro das súas competencias e conforme o procedemento legalmente establecido, o que significa que si se admitirán entón cando non actúe conforme o procedemento establecido ou fóra das súas competencias.

No caso de que a Administración incorra na vía de feito, prodúcese dúas consecuencias fundamentais:

1) Pérdese o privilexio da autotutela administrativa, tanto o privilexio da autotutela declarativa (os actos administrativos xa non se presumen válidos) como o de autotutela executiva (a Administración xa non pode executar os seus propios actos).

2) Con carácter xeral, a actuación administrativa será nula de pleno dereito, aínda que hai supostos nos que cabe a validación da actuación administrativa constitutiva da vía de feito, por exemplo, no caso de ocupación irregular de terreos en expediente expropiatorio que se emenda pola posterior cesión voluntaria destes (Sentenza

da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo, do 22 de febreiro do 2000, recurso de casación núm. 3690/1995).

A LXCA 29/1998, do 13 de xullo, atribúelle á xurisdición contencioso-administrativa o coñecemento da chamada vía de feito. Así, o artigo 25.2 determina que o recurso contencioso-administrativo “é tamén admisible contra as súas actuacións materiais que constitúan vía de feito, nos termos establecidos nesta lei”.

Polo tanto, o particular ante unha actuación administrativa constitutiva da vía de feito poderá acudir á xurisdición contencioso-administrativa.

Nestes casos, a persoa interesada poderá formularlle un requirimento á Administración actuante intimando a súa cesación. Se a dita intimación non fose formulada ou non fose atendida no prazo dos dez días seguintes á presentación do requirimento, poderá deducir directamente recurso contencioso-administrativo (art. 30 da LXCA).

O Tribunal Supremo entende que o requirimento previo é potestativo (Sentenza da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo, do 25 de xaneiro do 2002, recurso de casación núm. 52/1998).

O requirimento non está suxeito a formalidade ningunha, aínda que é preciso que se dirixa ao órgano administrativo do que procede a actuación que se pretende impugnar.

O demandante poderá pretender que se anule a actuación administrativa constitutiva da vía de feito, que se declare o seu cesamento, así como que o órgano xudicial adopte as medidas consistentes no recoñecemento dunha situación xurídica individualizada e a adopción de medidas adecuadas para o seu pleno restablecemento, entre elas a indemnización polos danos e perdas causados (art. 32.2 posto en conexión co art. 31.2 da LXCA).

En canto ao prazo para interpoñer un recurso contencioso-administrativo nos supostos da vía de feito, o artigo 46 da LXCA determina que “será de dez días, que se contará desde o día seguinte á terminación do prazo establecido no artigo 30. Se non houber requi-

rimento, o prazo será de vinte días desde o día en que se iniciou a actuación administrativa en vía de feito”.

Discútese se tras a entrada en vigor da LXCA segue sendo posible, en caso de concorrer vía de feito, o emprego da vía interdictal de reter ou recobrar a posesión (accións sumarias da tutela da posesión) contra as administracións públicas, dado que existe un tratamento específico na vía contencioso-administrativa.

A maioría da doutrina entende que o feito de que a LXCA recolla expresamente a impugnación contencioso-administrativa da vía de feito non impide que o control da vía de feito se limite á orde xurisdicional contencioso-administrativa.

Tradicionalmente, a xurisprudencia discutiu cales son os procesos civís que pode instar o prexudicado pola vía de feito. A xurisprudencia admitiu o emprego dos interdictos de reter e recobrar a posesión. Estas accións tramítanse pola vía do xuízo verbal (art. 250.1.4.º e 5.º da LAC 1/2000).

O citado precepto establece que “Se decidirá en xuízo verbal, calquera que sexa a súa contía:

4.º) As que pretendan a tutela sumaria da tenza ou da posesión dunha cousa ou dereito por quen fose desposuído delas ou perturbado no seu gozo.

5.º) As que pretendan que o tribunal resolva, con carácter sumario, a suspensión dunha obra nova”.

No ámbito da nosa comunidade autónoma atopamos disposicións específicas sobre a prohibición de interdictos fronte á Administración, por exemplo, o artigo 283 da Lei de Administración local de Galicia do 22 de xullo de 1997: “1. As corporacións locais poderán recobrar por si a posesión dos seus bens de dominio público en calquera tempo. Cando se trate de bens patrimoniais, o prazo para recobralos será dun ano, que comezará a contar desde o día seguinte á data en que se producise a usurpación e, transcorrido ese tempo, procederá a acción correspondente ante os tribunais ordinarios.

2. Non se admitirán interdictos contra as actuacións dos axentes da autoridade nesta materia”.



**REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo), do 22 de febreiro de 2000, recurso de casación núm. 3690/1995.

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo), do 25 de febreiro de 2002, recurso casación núm. 52/1998. (2015). *Memento administrativo*. Ediciones Francis Lefreve, SA.

Ayala Muñoz, José María; García Gómez de Mercado, Francisco; Gutiérrez Delgado, José Manuel; Monedero, Montero de Espinosa, José Ignacio; Ripoll Martínez de Bedoya, María Dolores; Rive-ro González, Manuel; Sanz Gandásegui, Francisco; Veiga Labella, José Ignacio (2008). *Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo*. Thomson Aranzadi, SA.

Cobo Olvera, Tomás (2008). *El régimen jurídico de las administraciones públicas y el procedimiento administrativo común*. La Ley.

Tolosa Tribiño, César e García Gil, F. Javier (2004). *Procedimiento administrativo común y procedimientos especiales de las entidades locales*. DAPP Publicaciones jurídicas, SL.



# TÍTULO V

## Da revisión de actos en vía administrativa

### CAPÍTULO I

#### Revisión de oficio

#### **Artigo 106. Revisión de disposicións e actos nulos**

1. *As administracións públicas, en calquera momento, por iniciativa propia ou por solicitude de interesado, e logo de ditame favorable do Consello de Estado ou órgano consultivo equivalente da comunidade autónoma, se o houber, declarararán de oficio a nulidade dos actos administrativos que puxesen fin á vía administrativa ou que non fosen impugnados en prazo, nos supostos previstos no artigo 47.1.*

2. *Así mesmo, en calquera momento, as administracións públicas de oficio, e logo de ditame favorable do Consello de Estado ou órgano consultivo equivalente da comunidade autónoma, se o houber, poderán declarar a nulidade das disposicións administrativas nos supostos previstos no artigo 47.2.*

3. *O órgano competente para a revisión de oficio poderá acordar motivadamente a inadmisión a trámite das solicitudes formuladas polos interesados, sen necesidade de pedir ditame do Consello de Estado ou órgano consultivo da Comunidade Autónoma, cando estas non se baseen nalgunha das causas de nulidade do artigo 47.1 ou carezan manifestamente de fundamento, así como no suposto de que se desestimasen en canto ao fondo outras solicitudes substancialmente iguais.*

4. *As administracións públicas, ao declararen a nulidade dunha disposición ou acto, poderán establecer, na mesma resolución, as indemnizacións que proceda recoñecer aos interesados, se se dan as circunstancias previstas nos artigos 32.2 e 34.1 da Lei de réxime xurídico do sector público, sen prexuízo de que, tratándose dunha disposición, subsistan os actos firmes ditados en aplicación dela.*

*5. Cando o procedemento se iniciase de oficio, o transcurso do prazo de seis meses desde o seu inicio sen ditarse resolución producirá a caducidade. Se o procedemento se iniciase por solicitude de interesado, esta poderase entender desestimada por silencio administrativo.*

#### **COMENTARIO:**

A primeira característica que destaca da nova lei no concernente á regulación da revisión de oficio son as poucas novidades que introduce respecto da lexislación anterior.

En efecto, as novidades redúcense a pequenas e puntuais modificacións, moitas delas incluso de tipo gramatical, e á regulación competencial para levar a cabo a revisión de oficio, norma que ten un alcance limitado xa que, como o propio título do artigo e a disposición derradeira primeira, apartado 3, advirten, se aplica exclusivamente na Administración xeral do Estado.

A revisión de actos nulos, que é a que agora imos analizar, insírese no título V da lei, “Da revisión dos actos en vía administrativa”, e no seu capítulo I, “Revisión de oficio”.

A lei regula, en realidade, dentro deste capítulo tres supostos de revogación do acto administrativo, cando menos se lle damos ao termo revogación un sentido xenérico, en canto decisión da Administración de volver sobre o xa actuado ou decidido para modificalo, é dicir, a revisión de disposicións e actos nulos, a declaración de lesividade de actos anulables e a revogación de actos e rectificación de erros. Deixando á marxe a rectificación de erros, nos dous primeiros casos, a Administración actúa alegando por causa a invalidez dos actos ou disposicións xerais e, neste último suposto, a revogación en sentido estrito, atende máis ben a razóns de oportunidade ou de falta de adecuación entre o acto e o interese público.

Outra precisión xeral no que afecta a este capítulo é que acolle baixo o título de “Revisión de oficio” un suposto como é a declaración de lesividade do artigo 107, que non é propiamente unha revisión de oficio en vía administrativa senón máis ben unha revisión xurisdiccional, por moito que sexa a Administración a que pon en

marcha o mecanismo revisorio mediante tal declaración. E é que, en última instancia, son os tribunais contencioso-administrativos os que finalmente deciden sobre o mantemento ou non do acto e, polo tanto, dos efectos xurídicos que este desenvolve.

En referencia xa co artigo 106 da lei, hai que dicir, en primeiro lugar, que a revisión dos actos nulos constitúe unha canle excepcional e limitada, xa que comporta que a Administración, exercendo potestades privilexiadas de autotutela e sen ter que acudir aos tribunais, poida revisar os seus propios actos que, por expresa previsión legal, gozan, en principio, da presunción de certeza e legalidade e deixalos sen efecto naqueles supostos taxados pola lei.

O artigo ten basicamente un contido de carácter procedemental, xa que os aspectos substantivos desta institución, a materia obxecto da revisión, é dicir, os actos e disposicións administrativos nulos de pleno dereito, está regulada no artigo 47 da lei.

Desde esta perspectiva procedemental, tanto os actos administrativos como as disposicións de carácter xeral reciben un tratamento similar, coa única salvidade de que estas últimas só poden ser revisadas de oficio pola propia Administración que as ditou e nunca por instancia das persoas particulares interesadas. Hai que dicir ademais que, cando a lei fai referencia a disposicións administrativas de carácter xeral, está a aludir ás disposicións con rango inferior á lei, é dicir, ás disposicións regulamentarias nas súas distintas categorías en función do órgano que as dita.

Seguindo a mesma estrutura expositiva da regulación legal, destaca en primeiro lugar do texto que o procedemento pode iniciarse de oficio, pola propia Administración pública, ou por instancia da persoa interesada. Parece claro que a lei ao referirse ás “administracións públicas” está aludindo tanto á Administración xeral do Estado como ás comunidades autónomas, así como tamén ás entidades que integran a Administración local.

Por outro lado, hai que sinalar que non existe prazo para exercitar as facultades revisorias, pois a lei prevé a este respecto que poderán exercitarse “en calquera momento”. Iso garda relación coa entidade ou transcendencia do feito que motiva o procedemento revisorio e

co interese público que se trata de amparar, sendo así que o lexislador entende que un acto viciado de nulidade de pleno dereito e que supón, polo tanto, unha flagrante infracción da orde xurídica non pode permanecer en ningún caso desenvolvendo os seus efectos xurídicos sen que nin o factor do transcurso do tempo poida determinar a prescrición da acción. En definitiva, a acción de nulidade pode dicirse que é imprescritible, salvo que entren en xogo os criterios que se sinalan no artigo 110 sobre os límites á facultade de revisión dos actos.

É de destacar a mención por parte da lei a que as administracións públicas “declararán” a nulidade –expresión xa incorporada pola Lei 4/1999 que substituíu a expresión primitiva da Lei 30/1992 de “poderán declarar”– en termos agora tan taxativos que non deixan lugar a dúbidas e que implica que a Administración debe, en todo caso, iniciar o procedemento de nulidade –salvo que se dea a previsión do apartado 3 da lei– e declarar esta sempre que se dea algún dos supostos do artigo 47.2.

Debe tratarse de actos que lle puxeran fin á vía administrativa ou ben que non fosen recorridos en prazo. O requisito do esgotamento da vía administrativa encontra sentido no feito de que se lle debe dar a oportunidade á persoa interesada para que utilice a máis sinxela e ordinaria vía de recurso e só cando esta xa se esgotou é cando procedería abordar a máis complexa da revisión. O outro requisito encontra xustificación en que a revisión de oficio ten por función primordial a de depurar os vicios de nulidade de pleno dereito dos actos administrativos, co que se evita que, polo transcurso dos prazos de impugnación, os ditos actos se consoliden definitivamente.

Por outro lado, o órgano competente para resolver poderá acordar motivadamente a inadmisión a trámite das solicitudes formuladas polos interesados en tres supostos concretos que prevé a lei. En definitiva, estas son causas que permiten abortar de inicio o procedemento de revisión de oficio instado pola persoa interesada.

En primeiro lugar, regúlase o caso no que a solicitude non se basee en ningún dos supostos previstos no artigo 47.2. Esta previsión non presenta maior problema de aplicación xa que, se de modo expreso o

interesado non alude a ningún dos supostos referidos ou cando a súa liña argumental non garde relación con estes, o órgano competente deberá, sen máis, inadmitir o escrito. En todo caso, consideramos que debe darse un trámite previo de emenda da instancia, por parte do interesado.

O segundo suposto presenta, non obstante, máis dúbidas na súa aplicación e resulta, polo tanto, máis problemático, pois está referido a solicitudes de revisión que carezan manifestamente de fundamento, xa que introduce certo subxectivismo na decisión. Aínda con iso, trátase neste suposto de non proceder á tramitación cando se coñece de modo ostensible a falta de viabilidade e aptitude da acción de nulidade iniciada, poñendo a cuberto este tipo de procedementos de solicitudes inconsistentes por temerarias.

O terceiro suposto refírese aos casos nos que se desestimasen en canto ao fondo outras solicitudes substancialmente iguais e, polo tanto, carece de xustificación seguir coa tramitación do expediente, dado que a resolución que deba ditarse vai ser idéntica a aquelas.

Debe advertirse que, en todo caso, a decisión de inadmisión debe ser motivada, o que na práctica lle impón ao órgano decisorio, e aínda que non se resolverse sobre o fondo, unha certa valoración en profundidade da cuestión suscitada como causa de nulidade. Por outra parte, o feito de estar ante un acto de trámite pero cualificado –xa que impide a continuación do procedemento–, a decisión de inadmisión é susceptible de impugnación.

Polo demais, unha vez iniciado o procedemento, este impúlsase de oficio en todos os seus trámites. O acto iniciador, cando é a Administración a que promove o expediente, ten unha gran relevancia. Pénsese que este debe comprender tanto o suposto de feito que motiva a revisión como os fundamentos legais que a amparan. Consecuentemente, iso permítelle ao interesado facer valer o seu dereito en trámite contradictorio mediante a presentación de alegacións.

Unha vez producido o dito trámite e valoradas as alegacións e probas que presenta a persoa interesada, o órgano decisorio elaborará unha proposta de resolución que preceptivamente someterá ao ditame do Consello de Estado ou órgano consultivo equivalen-

te da comunidade autónoma que, no caso de Galicia, é o Consello Consultivo, regulado pola Lei 3/2014, do 24 de abril. A solicitude de ditame ao órgano consultivo é preceptiva ata o punto de que a xurisprudencia declarou que a omisión do dito trámite provoca a nulidade das actuacións, polo que se debe neste caso retrotaer o procedemento ao momento no que se omitiu o trámite e, unha vez satisfeito este, ditar unha nova resolución.

Ademais, tal e como se pode deducir da expresión “logo de ditame favorable” que emprega a lei, o ditame é, en todo caso, vinculante, o que obrigará o órgano decisorio a seguir o criterio do órgano consultivo, sexa este favorable ou contrario á revisión. Neste último caso, nada impediría volver iniciar un novo procedemento revisorio, aínda que debería facerse necesariamente baixo presupostos xurídicos diferentes aos do procedemento anterior e seguindo os criterios marcados polo órgano consultivo no seu ditame.

O procedemento, unha vez emitido o ditame, haberá de rematar coa resolución do órgano competente declarando a nulidade do acto ou, polo contrario, a improcedencia de revisalo. A resolución deberá dilucidar todas aquelas cuestións expostas polos interesados tanto no escrito inicial como no trámite de audiencia. Ademais, naturalmente, tal e como dispón o artigo 35.1.b) da lei, a resolución que poña fin ao procedemento deberá ser, en todo caso, motivada con sucinta referencia a feitos e fundamentos de dereito. Para os efectos de motivación, o ditame do órgano consultivo, por ser vinculante, ten un papel decisivo de modo que incluso se poden incorporar os seus criterios ao texto da resolución que se dite.

A lei tamén prevé que na propia resolución se poidan establecer as indemnizacións que proceda recoñecerlles aos interesados. Agora ben, para que se proceda a fixar estas, deben darse as circunstancias e os requisitos establecidos para o recoñecemento da responsabilidade patrimonial das administracións públicas por funcionamento normal ou anormal dos servizos públicos e que se regulan nos artigos 32 a 34 da Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público.

Finalmente, a lei establece a caducidade do procedemento cando, logo de inicialo de oficio a Administración, transcorresen seis meses



sen ditarse resolución expresa. Na anterior Lei 30/1992 o prazo de caducidade neste mesmo suposto era de tres meses. No caso de que o procedemento fose iniciado por instancia de parte, transcorrido o dito prazo de seis meses, poderá entenderse desestimada a petición por silencio administrativo. Unha vez que se produce a caducidade do procedemento, a Administración ten a obriga de ditar resolución en tal sentido. Nada impide, non obstante, volver iniciar un novo procedemento revisorio conservando aquelas actuacións que non precisen ser practicadas de novo.

Existen poucas diferenzas entre o procedemento que debe seguirse para a revisión dos actos administrativos nulos de pleno dereito e o das disposicións administrativas de carácter xeral. A primeira e máis importante vén determinada polo inicio do procedemento pois, mentres a revisión das disposicións só pode ser instada pola propia Administración, a dos actos pode selo ademais polos interesados. De todos os modos, isto marca en moi pequena medida o curso do procedemento de revisión das disposicións de carácter xeral, que deberá manter, en todo caso, o seu carácter contraditorio, o que implica o deber de notificar tanto o inicio como a resolución do procedemento individualmente aos interesados se son determinados ou determinables ou de publicar no diario oficial correspondente se os interesados son indeterminados ou indeterminables.

Son diferentes, non obstante, nun e noutro caso os efectos dunha eventual resolución anulatoria pois, mentres se son actos administrativos a resolución ten efectos retroactivos, como se o acto nunca existise, se afecta unha disposición administrativa de carácter xeral, os efectos prodúcense desde que a disposición é anulada. Así o da a entender o propio artigo 106 no apartado 4 cando prevé que subsistan os actos firmes ditados en aplicación da norma.

En ocasións, tense posto en cuestión a necesidade da regulación da revisión de oficio cuxo obxecto son as disposicións de carácter xeral, dado que o mesmo efecto se pode obter mediante a súa derogación. A este respecto hai que sinalar, non obstante, que o procedemento revisorio é mais garante ca o derogatorio, pois nel poden intervir todos aqueles que se poidan ver afectados pola desaparición

da norma, coa garantía engadida que proporciona o ditame do órgano consultivo que corresponda.

Finalmente, como notas que axudan a configurar o instituto xurídico da revisión de oficio, hai que destacar que a anulabilidade é a regra xeral e a nulidade é a excepción. Polo tanto, non calquera vicio xurídico debe implicar o inicio dun expediente de revisión de oficio, pois tan só procede naqueles casos en que resulte acreditado un vicio de nulidade de pleno dereito. De aí a interpretación restrictiva que debe darse a este último suposto, por canto as causas para proceder á anulación deben implicar un plus especial sobre as que se poidan definir como simple infracción ou contradición de norma legal ou regulamentaria e que comportarían a anulabilidade do acto.

Os motivos de nulidade deben afectar de modo máis esencial á validez do acto administrativo. Como declararon a este respecto tanto o Consello de Estado como o Consello Consultivo de Galicia, os requisitos esenciais do acto non poden ser todos cantos a lei esixe. A falta ou infracción de calquera deles depararía a anulabilidade, pero non a nulidade. Deben ser, polo tanto, requisitos que a lei chama “esenciais” e tales son os que definen a propia estrutura do acto administrativo, como son a falta de capacidade do suxeito (nos casos en que non sexa unha Administración pública ou en que o particular coadruve ao acto), a falta de obxecto (distinta da imposibilidade ou configuración como ilícito penal deste), da causa ou do fin do acto administrativo.

#### **REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 3.<sup>a</sup>), do 1 de outubro do 2015, recurso de casación núm. 286/20013.

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 5.<sup>a</sup>), do 12 de abril do 2016, recurso de casación núm. 3550/2014.

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 7.<sup>a</sup>), do 23 de outubro do 2000, recurso de casación núm. 3079/1995.

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 5.<sup>a</sup>), do 29 de novembro do 2005, recurso de casación núm. 4981/2003.

Ditame 384/2003 do Consello de Estado, do 24 de abril de 2003.

Ditame 821/1999 do Consello de Estado, do 15 de abril de 1999.

Beladiez Rojo (1994). “La nulidad y la anulabilidad. Su alcance y significado”, *Revista de la Administración Pública*, núm. 133.

Bocanegra Sierra, Raúl (2006). *Lecciones sobre el acto administrativo* (terceira edición). Madrid: Editorial Civitas.

García de Enterría, Eduardo (2013). *Curso de derecho administrativo*, tomo I (décimo sexta edición). Thomson Reuters.

García Luengo, Javier (2002). *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*. Madrid: Editorial Civitas.

González Navarro, Francisco (1994). *Derecho administrativo español*, tomo II (segunda edición). Ediciones Universidad de Navarra, EUNSA.

González Pérez, J. (1999). *Comentarios a la Ley de procedimiento administrativo*. Madrid: Editorial Civitas.

Meseguer Yebra, Joaquín (2002). *La revisión de oficio de los actos administrativos nulos de pleno derecho y de las disposiciones administrativas*. S. A. BOSCH.

## **Artigo 107. Declaración de lesividade de actos anulables**

1. As administracións públicas poderán impugnar ante a orde xurisdiccional contencioso-administrativa os actos favorables para os interesados que sexan anulables conforme o disposto no artigo 48, logo da súa declaración de lesividade para o interese público.

2. A declaración de lesividade non se poderá adoptar unha vez transcorridos catro anos desde que se ditou o acto administrativo e esixirá a audiencia previa de cantos aparezan como interesados, nos termos establecidos polo artigo 82.

Sen prexuízo do seu exame como presuposto procesual de admisibilidade da acción no proceso xudicial correspondente, a declaración de lesividade non será susceptible de recurso, ben que poderá notificarse aos interesados meramente para efectos informativos.

3. *Transcorrido o prazo de seis meses desde a iniciación do procedemento sen que se declarase a lesividade, producirase a súa caducidade.*

4. *Se o acto proviñer da Administración xeral do Estado ou das comunidades autónomas, a declaración de lesividade será adoptada polo órgano de cada Administración competente na materia.*

5. *Se o acto proviñer das entidades que integran a Administración local, a declaración de lesividade será adoptada polo pleno da corporación ou, na falta deste, polo órgano colexiado superior da entidade.*

### **COMENTARIO:**

No comentario ao artigo 106 dicíamos, a propósito da declaración de lesividade que regula o presente artigo, que non é propiamente unha revisión de oficio en vía administrativa malia estar regulada no capítulo da lei baixo tal denominación, senón que, en puridade, estamos ante unha revisión xurisdiccional. A pesar de ser a Administración a que inicia o mecanismo revisorio mediante a dita declaración, o certo é que son finalmente os tribunais contencioso-administrativos os que teñen nas súas mans a facultade de decisión sobre a revisión do acto. Visto así, a declaración de lesividade configúrase como un requisito procesual previo imposto á Administración coa finalidade da ulterior impugnación do acto declarado lesivo na vía contenciosa.

Como sinala o Consello de Estado, trátase, polo tanto, dun procedemento peculiar que se articula en dúas fases: unha administrativa, orientada exclusivamente a que a Administración efectúe a declaración de lesividade, e outra xurisdiccional, en vía contencioso-administrativa, encamiñada a obter un pronunciamento xudicial de anulación do acto declarado lesivo. Deste modo, a Administración actúa desprovista das súas habituais facultades resolutorias, pois, en puridade, non adopta ningunha decisión eficaz por si mesma, senón que se limita a efectuar unha determinada declaración co fin de cumprir un requisito procesual imprescindible para obter a anulación, cuestión sobre a que só pode pronunciarse e decidir o órgano xurisdiccional.

O seu fundamento encontra o seu punto de partida na chamada teoría dos actos propios, conforme a cal ninguén pode ir contra os seus propios actos. Aplicada á Administración a dita teoría apóiase en principios tales como o da boa fe ou o da seguridade xurídica e, noutro plano, xustifícase pola necesidade de que a Administración actúe de modo congruente, vinculada como está polos seus propios actos. A pesar do anterior, na teoría xurídica arguméntase que, en concretos supostos, os citados principios deben ceder en beneficio de superiores razóns que atenden a situacións demostradamente contrarias ao dereito e cuxa persistencia lesiona gravemente os intereses públicos. Nuns casos, por aplicación do principio de autotutela administrativa, á Administración por si mesma estalle permitido restablecer legalmente as ditas situacións e noutros, non obstante, como é a figura examinada, require do auxilio dos tribunais.

Pois ben, o apartado dous, parágrafo segundo, do artigo 107 da lei configura claramente a declaración de lesividade como requisito previo do ulterior recurso contencioso, no sentido anteriormente apuntado, ao expresar que a declaración de lesividade “non será susceptible de recurso”, xa que non é un acto decisorio. Esta declaración de inimpugnabilidade é a maior novidade que ofrece o artigo 107 respecto do texto anteriormente vixente, o do artigo 103 da Lei 30/1992, modificada neste punto pola Lei 4/1999.

Esta última fixera desaparecer o antigo sistema dual que establecía a revisión de oficio, por un lado, para os actos que infrinxiran gravemente normas de rango legal ou regulamentario e, por outro, prevía a declaración de lesividade a cargo da Administración para os actos distintos dos anteriores xa que, como xustificaba a súa propia exposición de motivos, a posibilidade de que os interesados utilizasen a vía da revisión de oficio para os actos que infrinxisen gravemente a lei desnaturalizaría o réxime de recursos.

A desaparición desta última do texto da lei reforza máis a idea de que estamos ante un procedemento previo que conduce a unha posterior revisión xurisdiccional do acto e non tanto ante o exercicio da facultade de autotutela por parte da Administración que implica a revisión de oficio propiamente dita.

Perdura agora, pois, como único sistema revisorio para os actos anulables, cando sexan favorables para os interesados, o da declaración de lesividade, de tal modo que, para proceder á revisión destes actos, que son os previstos no artigo 48 da propia lei, a Administración deberá previamente declaralos lesivos para o interese público. Así igualmente o establece o artigo 43 da Lei da xurisdición contencioso-administrativa ao sinalar que “Cando a propia Administración autora dalgún acto pretenda demandar a súa anulación ante a xurisdición contencioso-administrativa deberá, previamente, declaralo lesivo para o interese público”.

Como se pode apreciar da dicción legal e a diferenza do que ocorre respecto da revisión de actos nulos de pleno dereito, a declaración de lesividade non afecta as disposicións de carácter xeral.

En canto aos aspectos procedementais desta institución, hai que sinalar, en primeiro lugar, que a lexitimación activa, é dicir, a capacidade para instar a declaración de lesividade, lle corresponde en exclusiva á Administración autora do acto e en ningún caso aos particulares. A previsión dun prazo de caducidade do procedemento, por un lado, e a falta de regulación do prazo de silencio administrativo, por outro, son datos que o confirman, a diferenza do que ocorría na revisión de oficio de actos nulos de pleno dereito que, como xa vimos, podía ser instada polos particulares.

A iniciación do procedemento debe producirse mediante un acto formalizado do órgano administrativo competente, no que deberá xustificarse razoadamente cales son os efectos lesivos para os intereses públicos do acto cuestionado, de tal modo que permita, chegado o caso, coñecer e controlar o axeitado exercicio desta facultade. Os intereses lesionados poden ser de orde xurídica ou económica, mais o que en todo caso resulta ineludible é a acreditación de que o acto infrinxe o ordenamento xurídico de maneira clara e manifesta, é dicir, apreciable de modo inmediato polo mero cotexo do acto co precepto ou preceptos legais eventualmente infrinxidos. En ningún suposto a declaración de lesividade pode fundamentarse en razóns de comenencia ou oportunidade.

O dito argumentario pode acompañarse de todos aqueles informes dos servizos técnicos responsables que se consideren oportunos en apoio da pretensión anulatoria.

O feito de que a declaración de lesividade que debe realizar a Administración non poida ser obxecto de recurso non impide que o procedemento deba ter carácter contradictorio e que, polo tanto, o trámite de audiencia ao interesado deba practicarse en todo caso. Hai que ter en conta que a fórmula revisoria que establece o artigo 107, por estar referida tan só aos actos favorables ou declarativos de dereitos incurso en causa de nulidade, desenvolve os seus efectos *in peius* ('a peor, en prexuízo de'), é dicir, restrinxen dereitos dos beneficiarios dos ditos actos. Consecuentemente, deben extremarse as garantías formais propias destes procedementos.

En canto aos prazos, hai que distinguir, por un lado, aquel previsto para adoptar a declaración de lesividade, que é de catro anos desde que se ditase o acto administrativo. O prazo neste suposto é de caducidade e non de prescrición e, polo tanto, non cabe a interrupción do dito prazo. Transcorridos, pois, os catro anos resultará inviable iniciar o procedemento.

Por outra banda, o prazo para tramitar o procedemento é de seis meses desde que se iniciase este, de modo que, transcorrido ese prazo sen que se declarase a lesividade, deberá resolverse a caducidade do dito procedemento e o arquivo das actuacións. Neste suposto, a nova regulación confirma a significativa ampliación do prazo de tres a seis meses que xa introducira a Lei 62/2003, do 30 de decembro.

Hai que sinalar, ademais, que nun e noutro caso, dentro dos prazos legalmente fixados, debe, non só instruírse o procedemento, senón tamén producirse a declaración de lesividade.

Segundo a lei, a notificación ás persoas interesadas, congruentemente co carácter de acto non decisorio da declaración, só terá efectos informativos e, polo tanto, o tempo no que se efectúe non entra dentro do cómputo dos seis meses sinalado. Esta notificación é potestativa por parte da Administración, aspecto este que critica, de maneira ao noso entender acertada, o Consello de Estado, cando considera que, na medida en que os interesados son as persoas favo-

recidas polo acto que pretende declararse lesivo, a notificación da declaración non debería configurarse como potestativa, senón como obrigatoria (Ditame 275/2015).

O efecto inmediato da declaración de lesividade formalmente producida será a de abrir paso á vía xurisdiccional mediante a impugnación do acto por parte da Administración ante a xurisdición contencioso-administrativa, na que asumirá a posición procesual de demandante. Serán, pois, os tribunais desta orde os que, unha vez verificado o suposto anulatorio contido na declaración, poderán, mediante sentenza, anular o acto en cuestión.

Finalmente, en canto á competencia administrativa para declarar a lesividade dos actos no ámbito da nosa comunidade autónoma, hai que aterse, como nos demais supostos revisorios, ao disposto na Lei 6/2001, do 29 de xuño, de adecuación da normativa da Comunidade Autónoma de Galicia á Lei 4/1999, do 13 de xaneiro, de modificación da Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común e, en particular, ao disposto por esta no seu artigo 3, apartado 1, cando establece cales son os órganos competentes para resolver os procedementos de revisión de oficio dos actos administrativos nulos, declarar a lesividade dos anulables e revogar os de gravame ou desfavorables. A este respecto, para evitar inútiles repeticións, no que concirne á comunidade autónoma, remitímonos ao comentario do artigo 111.

No caso da Administración local, a lei sinala como órganos competentes para declarar a lesividade o pleno da corporación ou, na falta deste, o órgano colexiado superior da entidade.

#### **REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 7.<sup>a</sup>), do 23 de abril do 2004, recurso de casación núm. 8044/1998.

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 4.<sup>a</sup>), do 22 de abril do 2002, recurso de casación para unificación de doutrina núm. 3477/1997.



Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 6.<sup>a</sup>), do 2 decembro do 2008, recurso de casación núm. 4140/2005.

Ditame 5356/1997 do Consello de Estado, do 22 de xaneiro de 1998.

Ditame 275/2015 do Consello de Estado, do 29 de abril de 2015.

Cita en texto: Ditame 275/2015.

Ditame 46/1998 do Consello Consultivo de Galicia.

Ballesteros Moffa, Luis Ángel (1999). *El nuevo régimen jurídico del silencio administrativo*. Pamplona: Editorial Aranzadi, SA.

Burlada Echeveste, Inés María e Burlada Echeveste, José Luis (2013).

*El Real decreto 520/2005, de 13 de mayo: comentario de las disposiciones generales, del procedimiento de revisión de actos nulos de pleno derecho y del procedimiento para la declaración de lesividad de actos anulables*. Pamplona: Editorial Aranzadi, SA.

González Pérez, Jesús; González Navarro, Francisco e González Rivas, Juan José (1992). *Comentarios a la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992*. Madrid: Editorial Civitas.

González Pérez, Jesús e González Navarro, Francisco (2007). *Estudios y comentarios legislativos. Comentarios a la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*. Editorial Civitas.

## Artigo 108. *Suspensión*

*Iniciado o procedemento de revisión de oficio a que se refiren os artigos 106 e 107, o órgano competente para declarar a nulidade ou lesividade poderá suspender a execución do acto, cando esta puider causar prexuízos de imposible ou difícil reparación*

### COMENTARIO:

Con relación á Lei 30/1992 suscitábase frecuentemente a dúbida sobre se a suspensión, entón regulada no artigo 104, era aplicable unicamente ao suposto de revisión de actos nulos de pleno dereito (art. 102) ou tamén ao suposto do procedemento de lesividade (art. 103). Xurdiu entón unha interpretación literal que entendía que a suspensión regulada era tan só aplicable á revisión de oficio

entendida nun sentido estrito, é dicir, á dos actos nulos. Fronte a esta, a interpretación sistemática do texto entendía, en cambio, que a localización do artigo 104 inmediatamente despois da regulación destes dous procedementos apuntaba claramente a que a regulación suspensión era común a ambos.

Pois ben, parece que a nova lei quere evitar toda marxe de dúbida á hora de abordar esta cuestión e fai expresa mención á suspensión tanto no suposto de declaración de nulidade como no de declaración de lesividade, con directa alusión incluso aos artigos 106 e 107 da propia lei.

Esta regulación foi posta en cuestión polo Consello de Estado cando, no seu ditame sobre a lei, entón en fase de anteproxecto, declaraba que “O anteproxecto despexa estas dúbidas hermenéuticas ao mencionar expresamente no seu artigo 135 a declaración de lesividade. Agora ben, a xuízo do Consello de Estado, non é correcto estender a este tipo de procedemento a facultade de suspender o acto obxecto del. E iso porque se trata dun procedemento no que a intervención da Administración se limita precisamente a efectuar tal declaración, que se configura como requisito previo necesario para proceder á ulterior impugnación do acto declarado lesivo en vía contencioso-administrativa. (...) En consecuencia, se a Administración desexa suspender a eficacia do acto declarado lesivo cuxa anulación pretende, terá que solicitarlle tal suspensión á autoridade xudicial, por ser esta a única que pode resolver o fondo do asunto. Pois, en efecto, ao ser o órgano xurisdiccional quen debe decidir sobre a eliminación ou non do acto de que se trate, é tamén o único que pode pronunciarse sobre a suspensión do devandito acto”. (Ditame 275/2015).

Remata así o Consello de Estado o seu argumentario suxerindo: “revítese a opción seguida neste punto polo anteproxecto”. Á vista está, non obstante, que o lexislador non seguiu, finalmente, o criterio suxerido polo órgano consultivo.

Á marxe xa desta cuestión que nos aclara o sentido da actual redacción do precepto, esta sorpréndenos de entrada pola súa extrema sobriedade fronte á regulación, sen dúbida moito máis exhaustiva,

que se fai da suspensión en relación cos recursos administrativos no artigo 117. E é que, en efecto, este, logo dunha declaración inicial na que proclama o principio xeral conforme ao que a interposición dos recursos, non suspende a execución do acto impugnado, establece de maneira minuciosa os supostos taxados baixo os que resultaría admisible a suspensión do acto e regula, ademais, o silencio administrativo, as medidas cautelares, a prolongación da suspensión na vía contencioso-administrativa e as medidas para a publicación da suspensión en determinados supostos.

Inmediatamente xorde a dúbida de se a regulación que fai o artigo 117 resulta extensible ou, mellor dito, pode complementar a regulación contida no artigo 108. Sobre o particular consideramos que a resposta en termos xerais debe ser afirmativa e iso, esencialmente, por canto a figura da suspensión na revisión de oficio e nos recursos administrativos ten idéntica natureza e idénticos fundamentos, resumidamente, resólvese a suspensión do acto a modo preventivo cando do seu mantemento puidesen derivar consecuencias irreparables.

Así, unicamente non resultaría de aplicación á revisión a esixencia do requisito que se sinala no apartado dous.b) do artigo 117, é dicir, que a impugnación se fundamente nalgunha das causas de nulidade de pleno dereito, pois, como xa vimos, no suposto de revisión de oficio admítese a suspensión incluso cando se trata de supostos de anulabilidade.

Polo demais, debe entenderse que a suspensión pode acordala de oficio a Administración ou ben por instancia de parte interesada. Neste último suposto o normal será que se solicite cando se trata de actos de gravame e non cando sexan favorables ou declarativos de dereitos.

De todos os modos, non entraremos na análise da regulación propiamente relativa á suspensión prevista no artigo 117 por corresponder ao comentario deste artigo, que se fará máis adiante.

En termos xerais, ao falar da suspensión do acto administrativo estamos a referirnos á posibilidade de suspender a vixencia ou executoriedade que se predica como principio inherente aos actos administrativos e, como tal, estamos ante un suposto excepcional

porque, como é sabido, tanto os actos como as normas gozan desde o momento en que se ditan dunha presunción de lexitimidade. O propio artigo 98.1.b) establece especificamente o suposto da suspensión do acto como excepción ao dito principio.

Consecuentemente, con iso a suspensión tan só resulta admisible baixo supostos certamente graves que tradicionalmente as normas procedementais administrativas concretan naqueles casos, xa aludidos, nos que da execución do acto ou disposición puidesen derivar prexuízos de imposible ou de difícil reparación.

E é que, en relación con estes últimos, a execución inmediata dun acto ou norma pode supoñer a perda irremediable de dereitos ou intereses en xogo ou incluso pode prexulgar de modo irreparable a resolución que finalmente se dite e causar así indefensión.

Agora ben, a valoración que o órgano decisorio debe facer tanto da existencia dos prexuízos como da imposibilidade ou dificultade da súa reparación require que previamente a persoa interesada a solicite sobre unha base argumental razoablemente sólida e acredite ademais os prexuízos concretos e certos que a execución lle produciría, acreditación esta, naturalmente, que en todo caso debería apoiarse nunha base documental suficiente ou en calquera outro medio de proba admitido en dereito.

E a decisión que finalmente deba tomar a Administración, como ten declarado a xurisprudencia, ao valorar a concorrencia dos prexuízos de imposible ou difícil reparación esixe o exame e ponderación dos intereses públicos afectados pola suspensión pretendida. Cando o contraste desta ponderación de prexuízos non é claramente favorable ao administrado, a denegación da suspensión impónse.

#### **REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 6.<sup>a</sup>), do 23 setembro do 1995, recurso de casación núm. 2049/1992

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 6.<sup>a</sup>), do 17 marzo de 2001, recurso de casación núm. 157/1997

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 7.<sup>a</sup>), do 2 novembro de 2004, recurso contencioso-administrativo contra Resolución do Consello de Ministros núm.130/2002

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 5.<sup>a</sup>), do 6 novembro de 2008, recurso de casación núm. 7163/2004.

Ditame 275/2015 do Consello de Estado, do 29 de abril de 2015, páxs. 56 e 57. Cita en texto: Ditame 275/2015.

García de Enterría, Eduardo (2013). *Curso de derecho administrativo*, tomo I (décimo sexta edición). Thomson Reuters.

González Pérez, J. (1999). *Comentarios a la Ley de procedimiento administrativo*. Madrid: Editorial Civitas.

González Pérez, Jesús e González Navarro, Francisco (2007). Estudios y comentarios legislativos. *Comentarios a la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*. Editorial Civitas.

González Pérez, Jesús; González Navarro, Francisco e González Rivas, Juan José (1992). *Comentarios a la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992*. Madrid: Editorial Civitas.

### **Artigo 109. Revogación de actos e rectificación de erros**

1. As administracións públicas poderán revogar, mentres non transcorrese o prazo de prescrición, os seus actos de gravame ou desfavorables, sempre que tal revogación non constituía dispensa ou exención non permitida polas leis, nin sexa contraria ao principio de igualdade, ao interese público ou ao ordenamento xurídico.

2. As administracións públicas poderán, así mesmo, rectificar en calquera momento, de oficio ou por instancia dos interesados, os erros materiais, de feito ou aritméticos existentes nos seus actos.

**COMENTARIO:**

Como dabamos a entender con ocasión do comentario realizado do artigo 106, en realidade o termo revogación empregado para aludir á fórmula que prevé o artigo 109.1 da lei préstase a equívoco, xa que con el se confunde o xénero e a especie. E iso tendo en conta que a revogación, entendida nun sentido amplo como a retirada dun acto administrativo desfavorable ou de gravame do mundo xurídico substituíndoo por outro de signo diferente ou contrario, establece tres mecanismos revisorios, é dicir, a revisión de disposicións e actos nulos, a declaración de lesividade de actos anulables e a revogación de actos en sentido estrito.

Diciamos ademais, e convén recordalo agora, que nos dous primeiros casos a Administración actúa alegando por causa a invalidez dos actos ou disposicións xerais e, no suposto da revogación en sentido estrito, atende máis ben a razóns de oportunidade ou de falta de adecuación entre o acto e o interese público que se pretende protexer. Esta última nota é a que realmente define esta figura, a comenencia ao interese público. Por iso declarou o Tribunal Supremo que “a potestade de revisión que o artigo 105 da Lei 30/1992 (actual artigo 109) lle concede á Administración para os actos de gravame ou desfavorables non constitúe unha fórmula alternativa para impugnar fóra de prazo os actos administrativos consentidos e firmes, senón só para revisalos por motivos de oportunidade. A petición de revisión non pode ser ocasión para discutir se o acto de gravame se axusta ou non ao ordenamento xurídico, pois iso só pode facelo o interesado impugnando no tempo e na forma oportunos o acto discutido”.

É por iso que a revisión de oficio de actos nulos ou anulables se produce en relación con actos inválidos, mentres que a revogación se realiza, na maioría dos casos, en relación con actos válidos, pero cuxos resultados ou efectos son contrarios ao interese público.

Pois ben, a existencia dun procedemento específico de revisión dos actos favorables ou declarativos baixo supostos taxados e excepcionais é o que habilita a Administración para establecer, de igual modo, un procedemento revisorio ou revogatorio dos actos desfavorables ou de gravame, que é o suposto previsto neste artigo.

En efecto, a lei prevé exclusivamente a revogación de actos de gravame ou desfavorables e non así, polo tanto, a dos actos declarativos ou favorables polo que, para proceder á revogación destes, por implicar unha verdadeira actuación expropiatoria, se precisaría da oportuna habilitación legal. Disto último danse significativos exemplos nas concesións ou autorizacións sobre o dominio público, como é o caso –por citar tan só un exemplo– da previsión contida no artigo 58.2 da Lei de costas.

Convén sinalar que, se os actos conteñen un dobre efecto –desfavorable para uns destinatarios e favorable para outros–, non sería de aplicación o artigo 109 e deberase acudir neste suposto a outras vías revisorias.

A revogación, malia ser un acto en esencia discrecional e non requirir, polo tanto, as formalidades e medidas estritamente garantistas da revisión de oficio, precisa dunha adecuada formalización, cun expediente no que pormenorizadamente quede reflectido o interese público que resulta afectado polo acto e a xustificación de que a revogación non incorre en dispensa ou exención non permitida polas leis nin é contraria ao principio de igualdade.

É dicir, a Administración, nos supostos nos que pretenda a revogación de actos desfavorables ou de gravame, dentro dunha relativa liberdade de criterio na súa apreciación, debe motivar, non obstante, suficientemente a súa actuación. E sobre todo deberá motivar, por unha parte, que non se superen os límites que a lei lle impón que, como vemos, están maiormente relacionados co principio de non discriminación e, pola outra, deberá incidir tamén na súa motivación na conciliación dos intereses públicos e particulares que poidan estar en xogo.

Por outra parte, o feito de que se trate de actos desfavorables ou de gravame non xustifica, a xuízo da nova lei, a posibilidade de que a facultade de revogación se poida exercitar en calquera momento, tal e como sucedía na lexislación anterior. Agora a lei, na única novidade que presenta o apartado un deste artigo, substitúe a expresión “en calquera momento” da Lei 30/1992 pola de “mentres non transcorrese o prazo de prescrición”, e establécese, polo tanto, un

límite temporal á facultade de revogación a prol de, sen dúbida, a seguridade xurídica e a estabilidade das situacións xurídicas.

Hai que mencionar, non obstante, que esta fórmula foi obxecto de críticas por parte do Consello de Estado ao entender que “se trata dun límite que carece dunha adecuada configuración no precepto proxectado, de cuxo teor non cabe inferir cal é ese prazo de prescrición cuxo transcurso impide que a revogación poida ter lugar”. Polo tanto, e tendo en conta que a observación formulada polo órgano consultivo non foi recollida no texto definitivo da lei, o actual texto, ante a falta de xustificación aparente, móvese na máis absoluta indefinición neste punto (Ditame 95/2005). Hai que dicir, finalmente, que o exercicio da facultade de revogación está tamén sometido aos límites establecidos no artigo 106 da lei.

Entrando xa na rectificación de erros materiais, regulada no apartado dous deste artigo, a diferenza do que sucede na revogación que acabamos de ver ou en calquera outra vía revisoria, o acto permanece no mundo xurídico e ademais, unha vez rectificado, segue a manter en esencia o mesmo sentido e contido.

A rectificación de erros, pois, pódese caracterizar como aquela operación material pola que a Administración, logo de constatar a manifesta presenza no acto dun elemento non desexado conforme os termos nos que quen o ditou se propuxo expresar, modifícao para facelo acorde coa manifestación realmente pretendida para o dito acto.

A lei prevé que a rectificación de erros poida facerse en calquera momento, é dicir, non existe limite temporal para levala a cabo.

Hai que destacar a relativa “irrelevancia” deste mecanismo fronte a outras fórmulas revisorias previstas na lei. E é que, prodúzase ou non a rectificación de erros, en todo caso o acto segue a manter a súa plena validez e eficacia.

Consideramos que a rectificación non require outra solemnidade que a de ser notificada ou publicada segundo a modalidade da que se trate.

O principal problema que se presenta na utilización deste mecanismo é a desvirtuación da súa verdadeira finalidade, en suma, que



pola vía da rectificación de erros se altere substancialmente o acto sen que este se someta ao procedemento regrado para estes casos establecido.

Por iso, a técnica da rectificación tan só debe utilizarse naqueles supostos nos que, de forma clara e patente, resulte que se produciu un erro material e que tal erro se poida detectar do propio contido do acto, sen necesidade, polo tanto, de valoracións xurídicas. De aí que o Tribunal Supremo declarase que “a posibilidade legal de rectificación de plano dos erros de feito debe cingirse aos supostos en que o propio acto administrativo revele unha equivocación evidente por si mesma e manifesta no contido do acto susceptible de rectificación, sen afectar a súa persistencia; en definitiva, este procedemento unicamente é admisible para rectificar omisións ou erros materiais, non declaracións conceptuais de inequívoco carácter xurídico (STS do 20 de xullo de 1984).

En consecuencia, o erro material ou de feito dótese de características tales como as de ser ostensible, manifesto, indiscutible e evidente por si mesmo, sen necesidade de complexos razoamentos, e tamén por exteriorizarse *prima facie*, de entrada e a primeira vista.

A dita xurisprudencia sinala ademais que, para poder aplicar o mecanismo procedemental da rectificación de erros materiais ou de feito, se require que concorran, en esencia, as seguintes circunstancias:

- a) Que se trate de simples equivocacións elementais de nomes, datas, operacións aritméticas ou transcripcións de documentos.
- b) Que o erro se aprecie tendo en conta, exclusivamente, os datos do expediente administrativo no que se advirte.
- c) Que o erro padecido sexa patente e claro, sen necesidade de acudir a interpretacións de normas xurídicas aplicables.
- d) Que non se produza unha alteración fundamental no sentido do acto, pois non existe erro material cando a súa apreciación esixa unha operación de cualificación xurídica.
- e) Que non padeza a subsistencia do acto administrativo, é dicir, que non xere a súa anulación ou revogación en canto creador

de dereitos subxectivos, producíndose un novo sobre bases diferentes e sen as debidas garantías para o afectado, pois o acto administrativo rectificador ten que mostrar idéntico contido dispositivo, substantivo e resolutorio ca o acto rectificado, sen que poida a Administración, so pretexto da súa potestade rectificatoria de oficio, encubrir unha auténtica revisión.

#### **REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 4.<sup>a</sup>), do 21 xuño de 2001, recurso de casación núm. 2947/1993.

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 3.<sup>a</sup>), do 27 setembro do 2012, recurso de casación núm. 5287/2011.

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 5.<sup>a</sup>), do 31 maio de 20012, recurso de casación núm. 1429/2010.

Ditame 95/2005 do Consello de Estado, do 3 de marzo de 2005. Cita en texto: Ditame 95/2005.

Cordón Moreno, Faustino (2013). *La revisión de oficio de los actos administrativos y disposiciones de carácter general y su control jurisdiccional. Un estudio desde la jurisprudencia*. Madrid: Editorial Civitas.

García de Enterría, Eduardo (2013). *Curso de derecho administrativo*, tomo I (décimo sexta edición). Thomson Reuters.

González Pérez, Jesús e González Navarro, Francisco (2007). *Estudios y comentarios legislativos. Comentarios a la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*. Editorial Civitas.

#### **Artigo 110. Límites da revisión**

*As facultades de revisión establecidas neste capítulo non poderán ser exercidas cando, por prescrición de accións, polo tempo transcorrido ou por outras circunstancias, o seu exercicio resulte contrario á equidade, á boa fe, ao dereito dos particulares ou ás leis.*

**COMENTARIO:**

Apenas existen novidades nas previsións deste artigo con respecto á regulación anterior. Unicamente cabe mencionar o cambio do termo “exercitadas” por “exercidas”, en referencia ás facultades de revisión, que parece gramaticalmente máis correcto e tamén a referencia ás facultades de revisión “previstas neste capítulo”, concreción esta da que a regulación anterior carecía.

Establece este artigo aqueles supostos nos que, logo de verificar a nulidade de determinado acto ou disposición administrativa, se propón, non obstante, a posibilidade de non executar as facultades revisorias en aplicación da previsión ao respecto contida na lei. Trátase de analizar, pois, aquí as taxadas condicións nas que legalmente resulta viable a aplicación desta fórmula.

Un dos aspectos que chama máis a atención ao abordar o estudo dos límites da revisión é a súa relativa escasa presenza tanto na doutrina como na xurisprudencia, malia as múltiples cuestións que o texto legal presenta na súa aplicación e da indubidable transcendencia que reviste en canto mecanismo que lle permite á Administración, cando exerce as súas facultades de autotutela, ben por si ou por instancia da persoa particular interesada, opoñer unha causa ou causas obstativas á revisión dos seus propios actos, a pesar de ser previamente advertida e declarada polo órgano administrativo autor do acto cuestionado a presenza dunha causa de nulidade que afecta a este.

Trátase así dunha facultade en cuxo exercicio o ideal que representa a legalidade do acto cede, en certo modo, en favor doutros valores transcendentales e de distinta natureza que, en función das circunstancias do caso, se consideran prevalentes e que poden ser ponderados pola Administración cunha ampla marxe de discrecionalidade na súa aplicación.

Un primeiro aspecto cabe destacar logo da lectura do precepto: o taxativo da súa previsión respecto das facultades revisorias: “non poderán ser exercidas”; interpretamos, do dito teor, que lonxe de ofrecérselle á Administración a posibilidade de que, chegado o caso, é dicir, constatada a nulidade dun acto, poida optar entre recorrer ou non á fórmula revisora, esta é instada, ineludiblemente, a recorrer

a ela unha vez apreciada a concorrencia dalgunha ou algunhas das condicións que o propio precepto sinala.

Certo é que o carácter en principio taxativo do mandato hai que relativizalo de inmediato, logo de observar, sobre todo, que as condicións ou presupostos aos que o precepto se refire como obstativos á facultade de revisión son, de entrada, a prescrición de accións, o transcurso do tempo –e aquí o que realmente chama a atención– “ou outras circunstancias”, mención esta que fai irrelevante a referencia aos outros dous supostos que a lei sinala de non ser polo seu valor puramente exemplificador.

Salvando ese valor que o precepto achega, ben podería aforrar a lei a referencia aos ditos presupostos, sinxelamente utilizando unha fórmula máis directa e simplificada, que pasaría por establecer que “as facultades de revisión non poderán ser exercidas cando iso resulte contrario á equidade, á boa fe, ao dereito dos particulares ou ás leis”, xa que estes son, á fin e ao cabo, os verdadeiros e esenciais principios que determinan que entre en xogo a fórmula obstativa prevista neste precepto.

Tamén habería que relativizar, á vista deste artigo, a previsión conforme a que “As administracións públicas, en calquera momento, (...) declararán de oficio a nulidade dos actos administrativos (...)”, contida no artigo 110, por canto, como vemos, o transcurso do tempo é un elemento que, por si só ou asociado a outros, pode contraponerse a esa marxe, en principio ilimitada de tempo, no que a Administración ou o particular pola súa mediación teñen a posibilidade de accionar, servindo deste modo como un eficiente límite á revisión de oficio, xa sexa operando baixo o paraugas do principio de seguridade xurídica, o de boa fe ou outro co que, chegado o caso, razoablemente poida convirse.

Pero o texto do artigo 110 encerra máis cuestións de interese para quen ten que xestionar expedientes desta natureza. Así, a relativa a se os límites opoñibles ás facultades de revisión poden afectar tanto á nulidade como á anulabilidade dos actos. Ao respecto, pode dicirse que a regulación anterior se refería xenericamente ás “facultades de revisión”, polo que a expresión podería prestarse a dúbidas. Agora,

coa nova lei, o texto alude ás facultades de revisión “previstas neste capítulo” e deste modo as dúbidas disípanse definitivamente, malia ser certo que, aínda que o texto anterior, tanto pola propia dicción como pola posición sistemática que ocupaba o artigo (precepto de peche do capítulo primeiro, título VII, “Da revisión dos actos na vía administrativa”) xa se daba pé para razoablemente entender que o artigo podía actuar tanto nos casos de nulidade de pleno dereito como nos de nulidade relativa ou anulabilidade dos actos administrativos. Consideramos que, como xa quedou reflectido co comentario ao artigo correspondente, tamén á revogación de actos resultan opoñibles, chegado o caso, os límites á facultade de revisión previstos na lei.

A posibilidade de aplicación deste artigo aos supostos de anulabilidade presenta outra cuestión tamén de certo interese, que é a de cando a Administración ten que recorrer ao mecanismo do artigo 110, logo da declaración de lesividade e antes de acudir á xurisdición contencioso-administrativa. Parece que debería ser así, aínda que tan só fose por razóns de pura economía procedemental.

Cómpre mencionar tamén sobre esta facultade que parece, en todo caso, claro que calquera que sexa o grao de invalidez do acto e dado que o procedemento revisorio é, en esencia, contradictorio, tanto a Administración como o particular interesado están en condicións de opoñer algún deses límites.

Outra cuestión que resulta necesario abordar é a de se o artigo 110 pode actuar aínda sen unha declaración formal de nulidade, é dicir, pola mera percepción da existencia dun acto contrario a dereito. En principio poderían alegarse, en favor da tese afirmativa, razóns de economía procedemental. E é que, se de entrada se considera xustificada a aplicación dalgún dos límites que o artigo 110 sinala, estará de máis examinar o acto base cuxa nulidade era pretendida.

Non obstante, á vista do propio mecanismo revisorio que establece a lei, non parece que esta última opción poida encontrar acomodo no seu texto. En efecto, de acordo con estas previsións legais resulta máis razoable pensar que deba pasarse en todo caso pola análise xurídica sobre a legalidade do acto, ao que deberá seguir un pronunciamento expreso sobre o particular, pasos estes que requi-

ren unha mínima instrución dun procedemento que, ademais, como dicimos, debe ser contraditorio, extremo este último que reforza a necesidade da dita declaración formal. En efecto, o artigo 110 refírese expresamente a que as facultades de revisión non poderán “ser exercidas”, o que presupón unha previa actuación procedemental, na que a execución é a última fase, que pode, porén, non levarse a termo, precisamente pola propia acción do artigo 110.

En fin, neste mesmo sentido cabería traer aquí outras moitas cuestións, como a interpretación de conceptos xurídicos tales como a equidade, a boa fe, a seguridade xurídica, etc., que interveñen na construción do precepto, tarefa esta que, non obstante, descartamos por ter xa estas figuras un amplo tratamento na literatura xurídica.

#### **REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOCTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 2.<sup>a</sup>), do 17 de xaneiro do 2006, recurso contencioso-administrativo contra a Orde do ministro de Economía e Facenda 776/2001.

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 3.<sup>a</sup>), do 14 de xullo do 2015, recurso de casación en interese da Lei 2223/2014.

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 7.<sup>a</sup>), do 15 de decembro do 2011, recurso de casación núm. 5102/2010.

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 7.<sup>a</sup>), do 29 de xaneiro do 2009, recurso de casación núm. 3711/2006.

Ditame 699/2002 do Consello Consultivo de Galicia, do 9 de xaneiro de 2002.

“Doctrina de los consejos consultivos sobre los límites a la revisión de oficio conforme al artículo 106 de la Ley 30/1992. Régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común y sobre la interpretación de la causa de nulidad del artículo 62 de la citada ley”. *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 14, xullo-decembro 2010. Valencia

Bocanegra Sierra, Raúl (2002). *Lecciones sobre el acto administrativo*. Editorial Civitas.

González Pérez, Jesús e González Navarro, Francisco (2007). *Estudios y comentarios legislativos. Comentarios a la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*. Editorial Civitas.

### **Artigo 111. Competencia para a revisión de oficio das disposicións e de actos nulos e anulables na Administración xeral do Estado**

*No ámbito estatal serán competentes para a revisión de oficio das disposicións e os actos administrativos nulos e anulables:*

a) O Consello de Ministros, respecto dos seus propios actos e disposicións e dos actos e disposicións ditados polos ministros.

b) Na Administración xeral do Estado:

1.º Os ministros, respecto dos actos e disposicións dos secretarios de Estado e dos ditados por órganos directivos do seu departamento non dependentes dunha secretaría de Estado.

2.º Os secretarios de Estado, respecto dos actos e disposicións ditados polos órganos directivos dependentes deles.

c) Nos organismos públicos e entidades de dereito público vinculados ou dependentes da Administración xeral do Estado:

1.º Os órganos a que estean adscritos os organismos públicos e as entidades de dereito público, respecto dos actos e disposicións ditados polo máximo órgano reitor destes.

2.º Os máximos órganos reitores dos organismos públicos e das entidades de dereito público, respecto dos actos e disposicións ditados polos órganos dependentes deles.

#### **COMENTARIO:**

Como xa dicíamos no comentario do artigo 106 da lei, o artigo 111 é das poucas novidades que introduce esta respecto do texto de 1992, aínda que, como é apreciable e o sinala ademais a disposición

adicional primeira, este precepto é de aplicación unicamente na Administración do Estado.

En efecto, a disposición derradeira primeira da lei, despois de afirmar no seu apartado un a súa condición de lei básica, sinala, no seu apartado terceiro que “O previsto nos artigos 92, primeiro, parágrafo 11, 114.2 e disposición transitoria segunda será de aplicación unicamente á Administración xeral do Estado (...)”. Desta maneira, o presente artigo é unha excepción ao carácter básico que se predica do conxunto do texto legal.

Tal previsión resulta de todo punto normal tendo en conta que estamos ante unha norma competencial e, polo tanto, estreitamente vinculada á organización propia da Administración da que se trate.

Deberemos, xa que logo, acudir á lexislación galega para determinar que órganos resultan competentes para iniciar a revisión de oficio das disposicións e actos administrativos.

O artigo 27.1 do Estatuto de autonomía recoñécelle á comunidade autónoma a capacidade lexislativa no exercicio das competencias coa finalidade de organizar as súas institucións de autogoberno. Asemade, o artigo 27.5.<sup>º</sup> atribúelle competencias en relación cos procedementos administrativos que deriven do específico dereito galego e da organización propia dos poderes públicos galegos, ademais dos títulos competenciais referidos ás materias substantivas afectadas polos respectivos procedementos.

Pois ben, a este respecto é a Lei 6/2001, do 29 de xuño, de adecuación da normativa da Comunidade Autónoma de Galicia á Lei 4/1999, do 13 de xaneiro, de modificación da Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común, no seu artigo 3, apartado 1, a que establece na nosa comunidade autónoma os órganos competentes para resolver os procedementos de revisión de oficio dos actos administrativos nulos, declarar a lesividade dos anulables e revogar os de gravame ou desfavorables. Así resultan competentes:

- a) O Consello da Xunta respecto dos seus propios actos ou os actos das súas comisións delegadas.



- b) Os conselleiros respecto dos seus propios actos e os ditados polos órganos dependentes deles, así como dos actos dos órganos superiores de goberno dos organismos autónomos e entes de dereito público que teñan adscritos, salvo que na respectiva lei de creación se dispoña outra cousa.
- c) Os órganos superiores de goberno dos organismos autónomos e entes de dereito público respecto dos actos ditados polos órganos dependentes deles.

A única dúbida que pode xurdir da lectura deste artigo é a de se o apartado c) sería aplicable a outras tipoloxías de entes públicos distintas das sinaladas polo texto. A resposta cremos que debe ser afirmativa no sentido de que o artigo é igualmente aplicable a calquera outra forma que adopten os entes públicos sempre que actúen suxeitos ao dereito administrativo.

#### **REFERENCIAS JURISPRUDENCIAS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

- Ginard Martínez, Salvadora (2000). *Boletín Aranzadi Administrativo*, núm. 12 (parte boletín). Pamplona: Editorial Aranzadi.
- Meseguer Yebra, Joaquín (2002). *La revisión de oficio de los actos administrativos nulos de pleno derecho y de las disposiciones administrativas*. S. A. BOSCH.

## **CAPÍTULO II**

### **Recursos administrativos**

#### **SECCIÓN 1ª**

#### **Principios xerais**

#### **Artigo 112. *Obxecto e clases***

1. *Contra as resolucións e os actos de trámite, se estes últimos deciden directa ou indirectamente o fondo do asunto, determinan a imposibilidade de continuar o procedemento, producen indefensión ou prexuízo irreparable a dereitos e intereses lexítimos, os interesados poderán interpor os recursos*

*de alzada e potestativo de reposición, que caberá fundar en calquera dos motivos de nulidade ou anulabilidade previstos nos artigos 47 e 48 desta lei.*

*A oposición aos restantes actos de trámite poderá ser alegada polos interesados para a súa consideración na resolución que poña fin ao procedemento.*

*2. As leis poderán substituír o recurso de alzada, en supostos ou ámbitos sectoriais determinados, e cando a especificidade da materia así o xustifique, por outros procedementos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación e arbitraje, ante órganos colexiados ou comisións específicas non sometidas a instrucións xerárquicas, con respecto aos principios, garantías e prazos que a presente lei reconece ás persoas e aos interesados en todo procedemento administrativo.*

*Nas mesmas condicións, o recurso de reposición poderá ser substituído polos procedementos a que se refire o parágrafo anterior, respectando o seu carácter potestativo para o interesado.*

*A aplicación destes procedementos no ámbito da Administración local non poderá supoñer o descoñecemento das facultades resolutorias recoñecidas aos órganos representativos electos establecidos pola lei.*

*3. Contra as disposicións administrativas de carácter xeral non caberá recurso en vía administrativa.*

*Os recursos contra un acto administrativo que se funden unicamente na nulidade dalgunha disposición administrativa de carácter xeral poderán interpoñerse directamente ante o órgano que ditou a disposición.*

*4. As reclamacións económico-administrativas axustaranse aos procedementos establecidos pola súa lexislación específica.*

## **COMENTARIO:**

O precepto que se vai comentar segue literalmente o contido do anterior artigo 107 da LRX-PAC. No procedemento de elaboración, concretamente no anteproxecto, incorporábase no parágrafo terceiro, logo de expoñer que se podería interpoñer directamente o recurso ante o órgano que ditou a disposición de carácter xeral, no caso de que o recurso contra o acto se fundamentase unicamente na nulidade daquela, que “interposto o recurso, se ese órgano apreciase

que a disposición podería estar incurso nunha causa de nulidade, suspenderá o prazo para resolver o recurso, conforme ao disposto no artigo 36, e procederase á incoación do procedemento de revisión de oficio de disposicións administrativas, de acordo co establecido no artigo 133.2". No texto final, elimínouse esta previsión.

A análise práctica do precepto, esixe facer os seguintes comentarios:

1. Fundamento da non impugnabilidade dos actos de trámite non cualificados.

A non impugnabilidade dos actos de trámite non é, de seu, contraria ao dereito á tutela xudicial efectiva. O dereito á tutela xudicial efectiva, de conformación legal, hase de solicitar e obter na forma que a lei establece, e non se pode alterar o disposto na norma; neste caso, anticipando o recurso a un acto de trámite, pois védanos os principios de legalidade e seguridade vixentes no noso ordenamento, ex artigo 9 CE (STS do 3 de marzo de 1997, recurso de apelación núm. 1871/1991).

2. Exclusión como actos impugnables das contestacións ás consultas.

En canto ao acto impugnabile na vía administrativa definido neste artigo 112.1, e moi relacionado coa actividade administrativa impugnabile ante a xurisdición contencioso-administrativa (artigos 25 a 30 da Lei 29/1998, do 13 de xullo, da xurisdición contencioso-administrativa), convén recordar que as respostas ou comunicacións dadas a unha consulta sobre a actividade ordinaria do órgano administrativo xestor non constitúen un acto impugnabile, como admite repetidamente a xurisprudencia (SSTS 16/6/2004-RC 1539/2002; 10/9/2009-RC 3260/03; 2/10/2014-RC 361/11; SAN de 23/7/1996-R 26164/86...).

3. Contestación a peticións.

En canto ás contestacións ás solicitudes amparadas polo dereito de petición, do artigo 29 da CE e regulado na Lei 4/2001, do 12 de novembro, resultaría que estas contestacións non constituirían un acto impugnabile (SAN do 13 de marzo de 2013).

4. O suposto particular de denegacións expresas e presuntas a solicitudes de información amparadas pola normativa legal en materia de transparencia.

Distinto dos supostos anteriores, está o previsto no artigo 28 da Lei do Parlamento de Galicia 1/2016, do 18 de xaneiro, de transparencia e bo goberno, en virtude do cal cabe formular reclamacións fronte ás resolucións en materia de acceso á información pública, previstas nesta lei. Concretamente, contra toda resolución expresa ou presunta en materia de acceso, poderá interpoñerse unha reclamación perante o Valedor do Pobo, agás naquelas ditadas polos suxeitos previstos no artigo 3.1.d) desta lei (Parlamento de Galicia, Consello Consultivo, Valedor do Pobo, Consello de Contas, Consello Económico e Social, Consello Galego de Relacións Laborais e Consello da Cultura Galega), contra as cales, conforme ao previsto na normativa básica, só caberá a interposición de recurso contencioso-administrativo. A reclamación ante o órgano independente de control terá a consideración de substitutiva dos recursos administrativos, e disporá dun carácter potestativo e previo á impugnación en vía contencioso-administrativa.

5. Exclusión como impugnables dos informes e da actividade consultiva.

A Sala de Galicia, por exemplo na Sentenza 412/2015, do 18 de xuño, recorda que tampouco son impugnables os informes emitidos pola Administración á vista dos escritos dun interesado. Nesta liña, as autorizacións e os informes, que na tramitación do procedemento conceden ou emiten outras administracións distintas da que ten que resolver o procedemento, son actos de trámite. Así o declarou a xurisprudencia, e hai que destacar a exposta na STS do 13 de marzo de 2008, recurso de casación núm. 4048/2005. Non obstante, e no caso particular examinado polo TS, na sentenza de 7/1/2014 (recurso de casación 5934/2011), se razoou que as autorizacións e informes da Dirección Xeral de Patrimonio Cultural aos que se refiren os artigos 33, 37, 45 e outros da Lei 8/1995, do patrimonio cultural de Galicia, constitúen actos de trámite que son impugnables de forma separada do acto que pon fin ao procedemento.

Como xa recordaba a Sentenza 889/2003, do 22 outubro, da Sala de Galicia, o carácter revisor desta orde xurisdiccional non significa outra cousa que a necesidade de que antes de acudir a ela debeu producirse un acto administrativo previo. Como declarou a STS do 7 de maio de 1979, “é de esencia do acto administrativo constituír unha especie de acto xurídico emanado dun órgano administrativo en manifestación de vontade creadora dunha situación xurídica”, o que exclúe do concepto de tal calquera outra declaración ou manifestación que, aínda que proveña de órganos administrativos, non sexa por si mesma creadora ou modificadora de situacións xurídicas; é dicir, careza de efectos imperativos ou decisorios. É por iso que non poden merecer o cualificativo de actos impugnables os ditames ou informes, os ditados en virtude de consulta, de mero requirimento ou informativos, manifestacións de xuízo que non han de conceputarse senón como actos de trámite (sentenzas do 30 de decembro de 1974 e 7 de marzo de 1987) que non paralizan ningún procedemento nin xeran indefensión, polo que non son impugnables. Unicamente cabería reputar impugnables ante esta xurisdición informes se revisiten efecto vinculante para quen ha de resolver.

Tamén podemos citar a Sentenza 1210/2000, do 20 xullo, da Sala Galega, que recorda que “é reiterada a xurisprudencia do Tribunal Supremo segundo a cal non poden merecer o cualificativo de actos impugnables os ditames e informes, manifestacións de opinión que, ao ser meros actos de trámite, proveñen normalmente de órganos consultivos, e que se limitan a achegar un elemento de xuízo de ciencia, un antecedente para manexar cos restantes datos dispoñibles polo órgano que haxa de decidir o asunto, que é o que plasmará a vontade da Administración (cfr. sentenzas do 7 de maio de 1979, do 9 de marzo de 1981 e do 19 de novembro de 1985). E nun suposto análogo ao presente, o ATS do 23 de marzo de 1992 dixo que procedía afirmar “que a reclamación dunha minuta por un servizo prestado por un letrado non pode ser instada por parte dun colexio de avogados, senón a través do órgano xurisdiccional correspondente... sen que un ditame emitido con efectos meramente ilustrativos e orientadores lle confira a un acto desta natureza a consideración de acto administrativo impugnabile”.

6. Referencias aos actos de trámite no procedemento expropiatorio.

A Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, na súa Sentenza 282/2010, do 16 marzo, estuda a natureza xurídica do acto de trámite para os efectos da súa impugnación, e recorda que, neste sentido, a STS do 7 de outubro de 2002 (referendada, entre outras, polas SSTS do 13 de outubro de 2003, 4 de maio de 2005 e 20 de outubro de 2005) ensina que tales actos de trámite son os que preparan e fan posible a decisión, dirixíndose ao maior acerto desta, fronte ás resolucións que deciden as cuestións suscitadas, que se cualifican como actos definitivos. A estes últimos asimílanse os que deciden directa ou indirectamente o fondo do asunto, os que determinan a imposibilidade de continuar o procedemento ou os que producen indefensión ou prexuízo irreparable a dereitos ou intereses lexítimos. En virtude deste esquema, a xurisprudencia declara que teñen a consideración de actos de trámite os actos resolutorios que se producen dentro dun procedemento e que pechan cada unha das súas fases, como ocorre coa aprobación inicial ou provisional de determinados proxectos e plans (sentenzas, entre outras moitas, do 28 de marzo de 1981 e do 10 de marzo de 1992). Non obstante, exclúe deste suposto aqueles actos que predeterminan de maneira significativa o contido de actos posteriores de aplicación ou desenvolvemento (STS do 13 de outubro de 1980). No caso particular examinado por aquela sentenza da Sala de Galicia, concluíase que unha acta previa á ocupación non pode recibir a consideración de acto de trámite cualificado para os efectos de impugnación, pois non finaliza nin preclúe ningunha das fases do procedemento no que se ditou, e cita tamén en apoio da tese a sentenza do Tribunal Supremo do 8 febreiro de 2005.

7. Non impugnabilidade das declaracións de impacto ambiental.

A STS do 10 novembro de 2011 (recurso de casación 4980/2008) recorda, sobre esta cuestión do acto impugnado, que a doutrina do Tribunal Supremo resulta pacífica en canto que a declaración de impacto ambiental ten un carácter instrumental ou medial en relación coa decisión final de levar a cabo un determinado proxecto, de onde

se deriva que non se trata dun acto administrativo definitivo, nin dun acto de trámite cualificado que poida ser impugnado de modo autónomo en vía xurisdiccional, polo que unicamente pode ser impugnado con motivo da impugnación que se dirixa contra o acto administrativo que poña fin ao procedemento [tamén sentenzas do 29 de maio de 2009 (casación 1945/2007), do 14 de novembro de 2008 (casación 7748/2004), do 13 de outubro de 2003 (casación 4269/1998), do 13 de novembro de 2002 (casación 309/2000), do 25 de novembro de 2002 (casación 389/2000), do 11 de decembro de 2002 (casación 3320/2001) e do 17 de novembro de 1998 (casación 7742/1997), entre outras]. Só como excepción, consideráronse impugnables autónoma e separadamente da resolución final do procedemento autorizatorio da obra ou actividade aquelas resolucións nas que se decide non someter a avaliación de impacto ambiental un determinado proxecto. É iso porque esa decisión produce un efecto inmediato, a ausencia de avaliación, e adóptase con criterios propios e independentes, non integrándose na decisión aprobatoria do proxecto. Poden verse neste sentido as sentenzas do Tribunal Supremo do 23 de xaneiro de 2008 (casación 7567/2005) e do 13 e 27 de marzo de 2007 (casación 1717/2005 e 8704/2004).

#### 8. Outros exemplos interesantes de actos non impugnables.

Igualmente, tampouco cabe impugnar separadamente un acordo de incoación dun procedemento sancionador, como declarou a Sentenza 45/2006, do 25 de xaneiro, da Sala de Galicia.

No ámbito urbanístico, a doutrina da Sala de Galicia, manifestada na Sentenza do 16 de febreiro de 2012 (autos de PO 4659/2009), expuxo que non é susceptible de impugnación a orde de aprobación dun plan xeral de ordenación urbana cando se impugna particularmente respecto a un ámbito urbanístico expresamente suspendido, e polo tanto excluído da aprobación definitiva.

#### **REFERENCIAS XURISPRUDENCIAIS, DOCTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Sentenza do 3 de marzo de 1997 do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 4.<sup>a</sup>), recurso de apelación núm. 1871/1991.

Sentenzas do 16 de xuño de 2004, recurso de casación núm. 1539/2002; do 10 de setembro de 2009, recurso de casación núm. 3260/03 e do 2 de outubro de 2014, recurso de casación núm. 361/11 do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo).

Sentenza do 13 de marzo de 2008 do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo), recurso de casación núm. 4045/2008.

Sentenza do 10 de novembro de 2011 do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 5.<sup>a</sup>), recurso de casación núm. 4980/2008.

### **Artigo 113. Recurso extraordinario de revisión**

*Contra os actos firmes en vía administrativa, só procederá o recurso extraordinario de revisión cando concorran algunha das circunstancias previstas no artigo 125.1.*

#### **COMENTARIO:**

O precepto que se vai comentar é un calco do artigo 108 da LRX-PAC, e non sufriu modificacións no procedemento de elaboración da LPACAP.

Este artigo 113 identifica o recurso extraordinario de revisión sobre a base de dous elementos, que son precisamente os que motivan a súa cualificación como “extraordinario”. Por un lado, que só cabe contra “actos firmes en vía administrativa” e, por outro, que concorran algunha das circunstancias previstas no artigo 125, que serán os motivos taxados previstos neste último precepto para este recurso. Por conseguinte, os dous elementos citados deben darse conxuntamente. Isto é, se se dá algún dos motivos para recorrer, e o acto aínda non é firme, non cabería esta vía extraordinaria. Do mesmo xeito, se malia ser o acto firme concorre un vicio neste, pero non é un dos previstos no artigo 125, non caberá acudir a esta vía impugnatoria, senón suscitar, segundo o caso, unha hipotética revisión de oficio ou unha declaración de lesividade.

En canto ao requisito do “acto firme en vía administrativa”, debemos entender que se produce en calquera destes dous supostos:



1. Unha vez que o acto non foi recorrido en vía administrativa ordinaria; isto é, unha vez cumprido o prazo dun mes para ser recorrido en reposición ou en alzada, segundo o caso, sen que se formulase tal impugnación.

2. En segundo lugar, un acto tamén é firme en vía administrativa cando ao ser recorrido polas vías ordinarias (alzada ou reposición) este recurso administrativo é desestimado.

Tecnicamente, aínda que en ambos os casos se utiliza a expresión ou o cualificativo de “firme”, debemos distinguir os conceptos de “acto firme en vía administrativa”, que respondería a calquera dos supostos definidos, do suposto no que malia existir xa un acto con estas características é recorrido ante a xurisdición. Desestimado o recurso contencioso-administrativo, e ao ser firme a sentenza ditada, estaríamos ante un “acto firme”, pero xa non só na vía administrativa, senón tamén, logo disto último, na vía xurisdiccional.

A análise pormenorizada do recurso extraordinario de revisión procede facela ao estudar o artigo 125 da lei que se comenta, e neste momento basta con remitirnos ao comentario que se fará sobre este precepto.

#### **REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

*Lei 30/1992 comentada por letrados da Xunta de Galicia* (2007), 2.<sup>a</sup> edición revisada, páxinas 392-393.

Morell Ocaña, Luis. *Curso de derecho administrativo, tomo II. La actividad de las administraciones públicas. Su control administrativo y jurisdiccional*, 4.<sup>a</sup> edición, editorial Aranzadi, páxina 234.

#### **Artigo 114. Fin da vía administrativa**

1. Poñen fin á vía administrativa:

- a) As resolucións dos recursos de alzada.
- b) As resolucións dos procedementos a que se refire o artigo 112.2.
- c) As resolucións dos órganos administrativos que carezan de superior xerárquico, salvo que unha lei estableza o contrario.

- d) Os acordos, pactos, convenios ou contratos que teñan a consideración de finalizadores do procedemento.
- e) A resolución administrativa dos procedementos de responsabilidade patrimonial, calquera que for o tipo de relación, pública ou privada, de que derive.
- f) A resolución dos procedementos complementarios en materia sancionadora a que se refire o artigo 90.4.
- g) As demais resolucións de órganos administrativos cando unha disposición legal ou regulamentaria así o estableza.

2. Ademais do previsto no número anterior, no ámbito estatal poñen fin á vía administrativa os actos e resolucións seguintes:

- a) Os actos administrativos dos membros e órganos do Goberno.
- b) Os emanados dos ministros e dos secretarios de Estado no exercicio das competencias que teñen atribuídas os órganos de que son titulares.
- c) Os emanados dos órganos directivos con nivel de director xeral ou superior, en relación coas competencias que teñan atribuídas en materia de persoal.
- d) Nos organismos públicos e entidades de dereito público vinculados ou dependentes da Administración xeral do Estado, os emanados dos máximos órganos de dirección unipersoais ou colexiados, de acordo co que establezan os seus estatutos, salvo que por lei se estableza outra cousa.

## COMENTARIO:

O precepto que se vai comentar ten dous apartados. O primeiro refírese a aqueles actos, actuacións e resolucións que poñen fin á vía administrativa, e trátase dun precepto básico, de aplicación a todo o territorio nacional. Desde unha perspectiva teórica, dise que un acto pon fin á vía administrativa cando, unha vez ditado, o interesado dispón de vía directa para interpoñer recurso contencioso-administrativo; isto é, para acudir á xurisdición. O apartado segundo incorpora unha previsión exclusivamente aplicable para o ámbito da

Administración do Estado, xa non só por especificarse así “no ámbito estatal”, senón tamén por aplicación da disposición derradeira primeira, apartado 3, que insiste en recordar que este artigo 114.2 será de aplicación unicamente á Administración do Estado.

Procede centrarnos no ámbito autonómico de Galicia e no ámbito local, e estudar se o novo precepto (o artigo 114.1) innova nesta cuestión.

Na Xunta de Galicia, en relación coas resolucións que poñen fin á vía administrativa, o artigo 4 da Lei do Parlamento de Galicia 6/2001, do 29 de xuño, establece sobre esta cuestión o seguinte:

“Poñen fin á vía administrativa, salvo que por lei especial se establecese o contrario, as resolucións dos órganos seguintes:

- a) As do Consello da Xunta, as do seu presidente e as das súas comisións delegadas.
- b) As dos conselleiros.
- c) As dos secretarios xerais e directores xerais en materia de persoal.
- d) As dos órganos superiores de Goberno de organismos autónomos e dos entes públicos cando exercitan competencias administrativas.
- e) As das demais autoridades cando así o estableza unha disposición legal ou regulamentaria”.

No ámbito local, o artigo 52 da lei 7/1985, do 2 de abril, de bases de réxime local, di:

“1. Contra os actos e acordos das entidades locais que poñan fin á vía administrativa, os interesados poderán exercer as accións que procedan ante a xurisdición competente e poderán interpoñer con carácter previo e potestativo recurso de reposición.

2. Poñen fin á vía administrativa as resolucións dos seguintes órganos e autoridades:

- a) As do Pleno, dos alcaldes ou presidentes e as das xuntas de goberno, salvo nos casos excepcionais en que unha lei sectorial requira a aprobación ulterior da Administra-

- ción do Estado ou da comunidade autónoma, ou cando proceda recurso ante estas nos supostos do artigo 27.2.
- b) As das autoridades e órganos inferiores nos casos que resolvan por delegación do alcalde, do presidente ou doutro órgano cuxas resolucións poñan fin á vía administrativa.
  - c) As de calquera outra autoridade ou órgano cando así o estableza unha disposición legal”.

E, volvendo á análise do artigo 114.1, convén salientar que este é unha copia parcial do artigo 109 da LRX-PAC, pois os apartados a), b), c) e d) da nova lei xa se establecían no citado artigo da anterior. A primeira novidade é a do apartado e). A LPACAP introduce na relación de actos que poñen fin á vía administrativa “a resolución administrativa dos procedementos de responsabilidade patrimonial, calquera que fose o tipo de relación, pública ou privada, de que derive”. Tal previsión resulta unha novidade respecto do artigo 142.2 da LRX-PAC que se limitaba a expoñer, no ámbito da responsabilidade patrimonial, que a competencia para resolver corresponderá, no que interesa no ámbito autonómico, aos “órganos correspondentes das comunidades autónomas”, sen aclarar se esta resolución poñía fin ou non á vía administrativa. As mesmas expresións trasladadas ao artigo 92 da lei que se comenta, que leva tamén a rúbrica: “Competencia para a resolución dos procedementos de responsabilidade patrimonial”.

Pois ben, agora este artigo 114.1 da LPACAP aclara, dentro da normativa básica de procedemento administrativo, a necesidade de que estas resolucións poñan fin á vía administrativa e, polo tanto, non debe habilitarse contras estas a formulación dun recurso de alzada. Esta aclaración vai na liña do que xa establecía sobre estes procedementos o artigo 5 da Lei 6/2001, do 29 de xuño, do Parlamento de Galicia, que expoñía coherentemente a competencia, con carácter xeral, a favor do titular da consellería respectiva:

“Será competente para resolver os procedementos de responsabilidade patrimonial o conselleiro respectivo, salvo que unha lei especial lle atribúa a competencia ao Consello da Xunta.

En caso dos organismos autónomos ou entes de dereito público, será competente o titular da consellería a que estean adscritos, salvo que a súa lei de creación dispoña outra cousa”.

O apartado f) incorpora tamén, dentro das resolucións que poñen fin á vía administrativa, a resolución dos procedementos complementarios en materia sancionadora aos que se refire o artigo 90.4 da lei. A previsión deste apartado f) responde a un motivo de coherencia interna do texto legal, pois aquel artigo 90.4 prevé que “cando as condutas sancionadas causasen danos ou perdas ás administracións e a contía destinada a indemnizar estes danos non quedase determinada no expediente, fixarase mediante un procedemento complementario, cuxa resolución será inmediatamente executiva. Este procedemento será susceptible de terminación convencional, pero nin esta nin a aceptación polo infractor da resolución que puidese recaer implicarán o recoñecemento voluntario da súa responsabilidade. A resolución do procedemento poñerá fin á vía administrativa”.

O apartado finaliza cunha referencia que xa se establecía no artigo 109.d) da LRX-PAC, ao establecer como norma de peche, que tamén poñerá fin á vía administrativa, “as demais resolucións de órganos administrativos cando unha disposición legal ou regulamentaria así o estableza”. Ao permitirse que en vía legal e mesmo na regulamentaria se determinen os actos que esgotan a vía administrativa, é indubidable que se faculta tanto o lexislador coma o Goberno para establecer en que supostos unha resolución pon fin á vía administrativa. Con todo, ha de terse en conta que a regulación feita a través dun regulamento haberá de respectar en cada suposto as previsións que conteña a lei para cuxa execución se dite. Así o sinalou o Tribunal Supremo na súa sentenza do 9 de febreiro de 2004 (recurso contencioso-administrativo número 150/2002).

#### **REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS**

Sentenza do 9 de febreiro de 2004 do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, sección 6.<sup>a</sup>), recurso contencioso-administrativo núm. 150/2002.

*Lei 30/1992 comentada por letrados da Xunta de Galicia (2007), segunda edición revisada, páxinas 376-378.*

### **Artigo 115. Interposición de recurso**

1. *A interposición do recurso deberá expresar:*

- a) *O nome e os apelidos do recorrente, así como a súa identificación persoal.*
- b) *O acto que se impugna e a razón da súa impugnación.*
- c) *O lugar, a data, a sinatura do recorrente, a identificación do medio e, se for o caso, do lugar que se sinale para efectos de notificacións.*
- d) *O órgano, centro ou unidade administrativa a que se dirixe e o seu correspondente código de identificación.*
- e) *As demais particularidades esixidas, se for o caso, polas disposicións específicas.*

2. *O erro ou a ausencia da cualificación do recurso por parte do recorrente non será obstáculo para a súa tramitación, sempre que se deduza o seu verdadeiro carácter.*

3. *Os vicios e defectos que fagan anulable un acto non poderán ser alegados polos que os causasen.*

#### **COMENTARIO:**

Este artigo 115 segue as liñas mestras do artigo 110 da LRX-PAC, aínda que incorpora dúas leves novidades. Por un lado, nas expresións que deberá conter o escrito de interposición do recurso en canto ao órgano, centro ou unidade administrativa ao que se dirixe, engade que tamén se deberá expresar “o seu correspondente código de identificación”. Por outro, no apartado segundo, ademais do erro na cualificación do recurso por parte do recorrente, como suposto que non obstaculizará a súa tramitación sempre que se deduza o seu verdadeiro carácter, engade o suposto da “ausencia” da cualificación.

En canto á primeira das novidades, debemos remitirnos ao último parágrafo do artigo 66.1 da lei que se comenta que, sobre as solicitudes de iniciación, incorpora o seguinte: “As oficinas de asistencia

en materia de rexistros estarán obrigadas a lles facilitar aos interesados o código de identificación se o interesado o descoñece. Así mesmo, as administracións públicas deberán manter e actualizar na sede electrónica correspondente unha listaxe cos códigos de identificación vixentes”. En canto á segunda, é un suposto de aplicación que na práctica se daba con frecuencia, como era o de equiparar o suposto de erro na cualificación do recurso ao suposto de ausencia de cualificación, o que non debe impedir a tramitación do recurso, sempre que se deduza o seu verdadeiro carácter. Con isto, coherentemente, a Administración non pode escusarse nestes dous motivos (erro na cualificación do recurso ou ausencia de cualificación) para non dar trámite ao recurso, e logo decidir sobre el (inadmitilo, estimalo ou desestimalo).

Este precepto, no seu conxunto, é un exemplo paradigmático do denominado “antiformalismo” que resulta dos requisitos que deben existir no texto dos escritos de interposición dos recursos administrativos, pois non é necesario que se definan as pretensións que se exercitan nin que se faga unha descrición formal (e menos material) entre os feitos e os fundamentos de dereito que se invocan. Non obstante, debe admitirse certa conexión deste precepto co incorporado no artigo 112.1, pois aínda que formalmente basta con expresar a “razón da súa impugnación”, recordemos que aquel precepto prevé a impugnación por calquera dos concretos motivos de nulidade e/ou anulabilidade previstos na lei. De todos os xeitos, a non expresión formal destes motivos, senón simplemente as razóns que os poidan fundamentar, sería suficiente para a admisión do escrito de interposición para estes efectos. Tamén se cita este precepto na doutrina como un exemplo de aplicación do principio *in dubio pro actione*, ou como paradigma na lei reguladora do procedemento administrativo común, do fomento e protección, en caso de dúbida, do dereito de defensa do interesado accionante. Tal idea resulta en boa lóxica da non obrigatoriedade da intervención a través de profesional na formulación e tramitación dos recursos administrativos.

O precepto nada dispón sobre o lugar de presentación do escrito de interposición do recurso, e para tal efecto debemos remitirnos á normativa xeral da LPACAP sobre os rexistros, en especial ao artigo

16.4, que regula o lugar de presentación dos documentos que os interesados dirixan aos órganos das administracións públicas.

Cando o escrito de interposición do recurso non se axuste ás esixencias do precepto que aquí se comenta, caberá a corrección mediante o trámite previsto no artigo 68 da LPACAP; é dicir, requirirase o interesado para que, no prazo de dez días, emende a falta ou acompañe os documentos preceptivos, coa indicación de que se non o fai se considerará que desiste do recurso, logo da resolución que deberá ser ditada nos termos previstos no artigo 21.

Recordamos que, de acordo co artigo 5.3 da lei que se comenta, para interpoñer recursos por medio de representante deberá acreditarse a representación. A representación poderá acreditarse mediante calquera medio válido en dereito que deixe constancia fidedigna da súa existencia (artigo 5.4).

Merece especial análise o apartado 3 do precepto, que establece que “os vicios e defectos que fagan anulable un acto non poderán ser alegados por quen os causasen” (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*). A Sala de Galicia, na Sentenza 1419/2010, do 9 de decembro, recorda que os vicios de forma só pode alegalos quen os padeceira; isto é, o titular do dereito para alegalos é quen os sofre, non quen os provoca, que non pode sacar beneficio diso. Nesta liña, é posible que por economía procesual ao interesado que padeceu estes vicios lle interese un pronunciamento sobre o fondo e prescinda de facer cuestión de tales defectos formais, por graves que sexan, o que debe entenderse como unha opción perfectamente lexítima.

O Tribunal Supremo aplica este principio na Sentenza do 31 de marzo de 1999 (recurso de casación 2224/1992), de tal maneira que se un alcalde dun municipio realiza de forma verbal e directa un contrato administrativo nunha situación na que nin a competencia era do alcalde nin a contía permitía o procedemento de adxudicación directa, tales vicios non poden ser esgrimidos posteriormente polo propio Concello para evitar o pagamento do prezo do dito contrato.

Seguindo a González-Varas Ibañez ou a Arana, “estamos ante unha sanción xurídica produto dunha vulneración da boa fe, aínda



que non é necesario o dolo ou intencionalidade ao ter un carácter obxectivo”.

#### **REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS**

Sentenza do 31 de marzo de 1999 do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 7.<sup>a</sup>), recurso de casación núm. 2224/1992.

*Lei 30/1992 comentada por letrados da Xunta de Galicia* (2007), segunda edición revisada, páxinas 378-381.

Arana García, E.; *La alegación de la propia torpeza y su aplicación al derecho administrativo* (2003). Granada.

González Varas-Ibáñez, Santiago. *Tratado de derecho administrativo*, tomo I, parte xeral, Editorial Thomson-Civitas, páxinas 261-264.

#### **Artigo 116. Causas de inadmisión**

*Serán causas de inadmisión as seguintes:*

a) *Ser incompetente o órgano administrativo, cando o competente pertenza a outra Administración pública. O recurso deberá remitirse ao órgano competente, de acordo co establecido no artigo 14.1 da Lei de réxime xurídico do sector público.*

b) *Carecer de lexitimación o recurrente.*

c) *Tratarse dun acto non susceptible de recurso.*

d) *Ter transcorrido o prazo para a interposición do recurso.*

e) *Carecer o recurso manifestamente de fundamento.*

#### **COMENTARIO:**

O artigo 116 da LPACAP constitúe unha das novidades mais importantes respecto da LRX-PAC, pois compila nun precepto as causas de inadmisión dos recursos administrativos. Estes supostos, de darse calquera deles, habilitarían o órgano que resolve a non ter que resolver o fondo das cuestións suscitadas no recurso. A lei opta por establecer unha listaxe taxada (*numerus clausus*), e conclúese

que non hai outros motivos de inadmisión dos recursos que non estean establecidos neste precepto. Por conseguinte, a inadmisión é excepcional e, polo tanto, así deben ser interpretados os motivos que conducen a ela. A regra xeral, a prol do cumprimento da obriga de resolver e da protección da tutela de quen recorre, é a de resolver sobre o fondo do recurso, estimándoo ou desestimándoo, de tal forma que debe evitarse a aplicación do motivo de inadmisión cando resulte dubidosa, e beneficiarase e impulsarse o dereito do recorrente a recibir unha resposta sobre o fondo do suscitado no recurso.

Ao analizar separadamente os motivos de inadmisión, o primeiro é o de incompetencia, pero límitase ao suposto de ser competente un órgano doutra Administración pública. Por tanto, dúas son as situación posibles de incompetencia. Por un lado, que a competencia sexa atribuíble a outro órgano da mesma Administración; neste caso, remitirase ao órgano competente para a súa resolución para que analice o recurso en todos os seus termos e decida o procedente. Por outro, que a competencia pertenza a un órgano doutra Administración pública; neste caso, inadmitirase o recurso, pero existirá a obriga do incompetente de remitir o recurso ao competente, de envialo a outra Administración pública. Aquí a lei acode a este deber de actividade que con carácter xeral establece o artigo 14.1 da LRXSP para os casos de incompetencia: remisión ao competente e notificación desta circunstancia aos interesados.

Neste segundo suposto de inadmisión do recurso e remisión ao órgano doutra Administración pública, o recorrente poderá:

- a) Aceptar a inadmisión e esperar a resolución do recurso pola Administración competente. Ao establecer o artigo 116 suposto a) da lei a remisión obrigatoria, enténdese que xa non será necesario que o recorrente teña que formular comparecencia ou novo recurso ante o órgano da Administración competente.
- b) Non aceptar de plano a inadmisión por incompetencia, e directamente recorrela polas vías de impugnación procedentes.

Desde un punto de vista práctico, no ámbito da Xunta de Galicia, se o recorrente formula recurso ante un órgano da consellería, e o

competente é un organismo ou calquera outra entidade do sector público autonómico, ou á inversa, debemos entender que se opera dentro dunha mesma Administración pública, e sería improcedente declarar a inadmisión. Tal solución, que nos parece a máis razoable e a máis favorable seguindo unha interpretación baseada nos principios de eficiencia e celeridade, suporía equiparar o concepto de Administración pública da Comunidade Autónoma de Galicia (artigo 2.3 da LPACAP) ao de “sector público autonómico”, tal como o define o artigo 3 da Lofaxga, que inclúe tanto a Administración xeral como as súas entidades instrumentais.

O segundo motivo de inadmisión previsto na lei é o da falta de lexitimación do recorrente. En puridade técnica, o concepto de “lexitimación” é predicable do ámbito xurisdiccional, pero no ámbito administrativo resulta máis procedente a expresión “condición de interesado”. Así, a LAC considera “parte procesal lexítima” a que compareza e actúe no proceso como titular da resolución xurídica ou obxecto litixioso, a non ser que por lei se atribúa a lexitimación a unha persoa distinta do titular (artigo 10), considerándoa como cuestión máis de fondo que de forma, ao excluila da listaxe nominal das excepcións procesuais para analizar na audiencia previa (artigo 416). Pola contra, no ámbito dos recursos administrativos, o artigo 107.1 da LRX-PAC, como agora o artigo 112.1 da LPACAP, para referirse ás persoas habilitadas para recorrer en vía administrativa mencionan expresamente os “interesados”.

Así pois, o recurso administrativo será inadmitido cando quen o formula non é “interesado”, agás os supostos legalmente regulados de acción pública, de acordo co seu particular réxime. Na LRX-PAC, a condición de interesado esixía acudir ao artigo 31, onde se expoñían os que “se consideran interesados”. Agora a remisión debe entenderse que é respecto ao artigo 4 da LPACAP, que establece a mesma definición para tal condición.

O terceiro motivo de inadmisión é que se recorra contra “un acto non susceptible de recurso”. Estudado o precepto en sentido positivo, son susceptibles de recurso as resolucións e os actos que cita o artigo 112.1 da lei: “Contra as resolucións e os actos de trámite, se

estes últimos deciden directa ou indirectamente o fondo do asunto, determinan a imposibilidade de continuar o procedemento, producen indefensión ou prexuízo irreparable a dereitos e intereses lexítimos, poderán interpoñerse polos interesados os recursos de alzada e potestativo de reposición”. Basta, polo demais, traer aquí o que xa se expuxo no comentario deste último artigo.

O cuarto motivo de inadmisión é que transcorrese o prazo para a interposición do recurso. Así, por remisión, debemos dicir xa que o recurso de alzada debe interpoñerse no prazo dun mes, se o acto fose expreso. Unha vez transcorrido este prazo sen se interpor o recurso, a resolución será firme para todos os efectos (artigo 122.1). O mesmo sucede cando se recorre un acto expreso en reposición, en canto hai tamén un prazo dun mes para interpoñer o dito recurso (artigo 124.1). Logo de transcorrido este prazo, unicamente poderá interpoñerse recurso contencioso-administrativo, sen prexuízo da procedencia do recurso extraordinario de revisión. Así pois, como o prazo é dun mes, aplicarase a regra de cómputo do artigo 30.4 da lei que se comenta, e computarase a partir do día seguinte a aquel en que teña lugar a notificación ou publicación do acto de que se trate. O prazo concluirá o mesmo día en que se produciu a notificación ou publicación no mes de vencemento. Se no mes de vencemento non houberse día equivalente a aquel en que comeza o cómputo, entenderase que o prazo expira o último día do mes.

Tamén debemos recordar, como unha das grandes novidades da LPACAP, que se o que se recorre é un acto presunto non cabe a inadmisión do recurso por transcorrer o prazo para recorrer, pois o solicitante e outros posibles interesados poderán interpoñer recurso “en calquera momento” a partir do día seguinte a aquel en que, de acordo coa súa normativa específica, se produzan os efectos do silencio administrativo (igualmente, artigos 122.1 e 124.1 da LPACAP). Sobre isto volveremos máis polo miúdo cando analicemos estes preceptos en particular.

Por último, o precepto considera causa de inadmisión do recurso que este careza “manifestamente de fundamento”. Tal suposto, que incorpora un concepto xurídico indeterminado, deberá ser inter-

pretado restritivamente, e non habilita a inadmisión por defectos clamorosos no escrito de interposición, que esixirían a apertura dun trámite de emenda, nin tampouco a aplicación desta causa cando operen singularmente calquera dos demais motivos de inadmisión.

Desde unha perspectiva sistemática, o artigo 106.3 da LPACAP, á hora de estudar a revisión de actos e disposicións nulas de pleno dereito, tamén prevé a inadmisión a trámite, e distingue tres supostos: non fundamentarse nalgunha das causas de nulidade previstas na lei, carecer manifestamente de fundamento, así como no suposto de que se tivesen desestimado en canto ao fondo outras solicitudes substancialmente iguais. En termos análogos, para o recurso extraordinario de revisión, o artigo 126.1 prevé a inadmisión a trámite cando o recurso non se fundamente nalgunha das causas previstas na lei para o dito recurso e, tamén, e en segundo lugar, no suposto de que se desestimases en canto ao fondo outros recursos substancialmente iguais.

Así pois, seguindo a mesma lóxica sistemática, a carencia manifesta de fundamento é unha causa separada e distintas das outras dúas: nun fundamentar o recurso nas súas causas legais [para o recurso de alzada e para o recurso de reposición, non fundalo en calquera dos motivos de nulidade ou anulabilidade previstos nos artigos 47 e 48 da lei (artigo 112.1)] e ter desestimados xa antes, en canto ao fondo, outros recursos substancialmente iguais. Estes dous supostos, ao non preverse particularmente como causas de inadmisión, esixirá resolver desestimando o recurso. Por tanto, debemos interpretar que se produce causa de inadmisión por carencia manifesta de fundamento cando o recurso ten un fundamento disparatado, carente da mais mínima lóxica e razón, e isto resulta manifesto; é dicir, como describe para este concepto a RAE, de maneira descuberta, patente ou clara.

Sobre esta última cuestión, recorda Hernández Jiménez que o Consello Xeral do Poder Xudicial no seu informe ao anteproxecto xa dicía sobre este motivo de inadmisión que “como o seu nome indica, deberá ser clara e evidente, sen que poida ser utilizada fóra deses termos como mecanismo de desestimación anticipada do fondo, pois o contrario sería prexulgar os elementos de xuízo que poden achegarse ao procedemento cando, lonxe de isto, se debe propiciar

un criterio *proactione* que supere interpretacións formalistas dos motivos de inadmisión, como así o declarou con reiteración o Tribunal Constitucional, e se desprende da propia lei proxectada que establece a posibilidade de emenda e mellora das solicitudes defectuosas, así como a recualificación do recurso”.

Por último, convén precisar dúas cuestións finais:

1. A declaración de inadmisión operada na correspondente resolución deberá ser en todo caso motivada, tal como esixe o artigo 35.1.b) da LPACAP.

2. A declaración de inadmisión pode producirse sen mais trámite (logo do escrito de interposición), pero nada impide que poida declararse logo da audiencia aos interesados, de proceder esta (artigo 118), no mesmo momento procedemental no que, naturalmente, se puidese resolver estimando ou desestimando o recurso.

#### **REFERENCIAS XURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Hernández Jiménez, H. “La revisión de los actos en vía administrativa. Novedades de la LPACAP”, *Actualidad administrativa*, La Ley, número 2, febrero de 2016, páxina 114.

#### **Artigo 117. Suspensión da execución**

1. *A interposición de calquera recurso, excepto nos casos en que unha disposición estableza o contrario, non suspenderá a execución do acto impugnado.*

2. *Non obstante o disposto no número anterior, o órgano a quen compete resolver o recurso, logo de ponderación, suficientemente razoada, entre o prexuízo que causaría ao interese público ou a terceiros a suspensión e o ocasionado ao recorrente como consecuencia da eficacia inmediata do acto impugnado, poderá suspender, de oficio ou por solicitude do recorrente, a execución do acto impugnado cando concorra algunha das seguintes circunstancias:*

a) *Que a execución poida causar prexuízos de imposible ou difícil reparación.*

*b) Que a impugnación se fundamente nalgunha das causas de nulidade de pleno dereito previstas no artigo 47.1 desta lei.*

*3. A execución do acto impugnado entenderase suspendida se, transcorrido un mes desde que a solicitude de suspensión tivese entrada no rexistro electrónico da Administración ou organismo competente para decidir sobre ela, o órgano a quen compete resolver o recurso non ditou nin notificou resolución expresa ao respecto. Nestes casos, non será de aplicación o establecido no artigo 21.4 segundo parágrafo, desta lei.*

*4. Ao ditar o acordo de suspensión poderán adoptarse as medidas cautelares que sexan necesarias para asegurar a protección do interese público ou de terceiros e a eficacia da resolución ou do acto impugnado.*

*Cando da suspensión poidan derivar prexuízos de calquera natureza, aquela soamente producirá efectos despois da prestación de caución ou garantía suficiente para responder deles, nos termos establecidos regulamentariamente.*

*A suspensión prolongarase despois de esgotada a vía administrativa cando, téndoo solicitado previamente o interesado, exista medida cautelar e os efectos desta se estendan á vía contencioso-administrativa. Se o interesado interpuxer recurso contencioso-administrativo solicitando a suspensión do acto obxecto do proceso, manterase a suspensión ata se producir o correspondente pronunciamento xudicial sobre a solicitude.*

*5. Cando o recurso teña por obxecto a impugnación dun acto administrativo que afecte unha pluralidade indeterminada de persoas, a suspensión da súa eficacia deberá ser publicada no xornal oficial en que aquel se inseriu.*

#### **COMENTARIO:**

Este artigo 117 da LPACAP segue as liñas mestras do vello artigo 111 da LRX-PAC, malia que o mellora. Así:

1. Substitúe o prazo por días (30), polo dun mes, o que afecta o seu cómputo. Con este cambio, o prazo redúcese, ao computarse tamén os días inhábiles.

2. Sinala como *dies a quo* non o de entrada no rexistro do órgano competente para decidir sobre a suspensión, senón “desde que a solicitude de suspensión tivese entrada no rexistro electrónico da Administración ou organismo competente para decidir sobre esta”, o que vai na liña de todo o proceso de implantación da Administración electrónica no seo da lei. Non obstante, debe recordarse que as previsións do rexistro electrónico non producirán efectos ata os dous anos da entrada en vigor da lei (disposición derradeira sétima da LPACAP).

3. O silencio positivo, pasado o mes, opera aínda que o órgano competente para resolver o recurso xa tivese ditada resolución expresa ao respecto, pero aínda non a notificase.

4. A suspensión xa non “poderá” prolongarse despois de esgotada a vía administrativa cando exista medida cautelar e os efectos desta se estendan á vía contencioso-administrativa, como dicía o anterior artigo 111 da LRX-PAC, senón que agora “a suspensión se prolongará despois de esgotada a vía administrativa cando, ao solicitalo previamente o interesado, exista medida cautelar e os efectos desta se estendan á vía contencioso-administrativa”.

Por outro lado, debe precisarse que o réxime que establece este artigo 117 é o xeral sobre a suspensión da execución dos actos administrativos recorridos. O artigo 90.3 da mesma lei regula particular e especificamente a suspensión da execución dun acto de contido sancionador:

“Cando a resolución sexa executiva, poderase suspender preventivamente, se o interesado lle manifesta á Administración a súa intención de interpoñer recurso contencioso-administrativo contra a resolución firme en vía administrativa. Esta suspensión cautelar finalizará cando:

- a. Transcorra o prazo legalmente previsto sen que o interesado interpuxese recurso contencioso-administrativo.
- b. O interesado teña interposto un recurso contencioso-administrativo:



- 1.º Non se solicitou no mesmo trámite a suspensión cautelar da resolución impugnada.
- 2.º O órgano xudicial pronúnciase sobre a suspensión cautelar solicitada, nos termos previstos nela”.

Por tanto, desde unha perspectiva práctica e volvendo a este artigo 117, cumprido o prazo dun mes sen ter ditada e notificada a resolución sobre a suspensión logo de ser solicitada e, por conseguinte, xa operado o silencio positivo (“a execución do acto impugnado entenderase suspendida”), suporá que calquera acto de execución que puidese levar a cabo a Administración autora debe entenderse afectado por motivo de anulabilidade pola infracción deste precepto.

Unha vez producido o efecto do silencio positivo, cumprido o prazo dun mes sen ditar nin notificar a resolución sobre a suspensión, a resolución expresa posterior só poderá ser confirmatoria do acto presunto (Sentenza 452/2014, do 2 xullo, da Sala do Contencioso-Administrativo do TSX de Galicia, recurso núm. 307/2012).

En canto ao momento no que deixaría de producir efecto a suspensión e, por tanto, ao momento para determinar onde o acto volvería ser executivo, producirase coa resolución do recurso que o inadmita ou o desestime. Non obstante, neste caso manterase a suspensión en dous supostos (apartado 4, último parágrafo):

1. Que o interesado solicitase previamente que a suspensión se prolongue logo de que se dite a resolución que esgote a vía administrativa. Se se parte da idea de que a medida cautelar de suspensión foi acordada por expresa resolución ou polo efecto do silencio, pasado o prazo do mes, antes estudado. Igualmente, é necesario que os efectos da medida cautelar se estendan á vía contencioso-administrativa, o que será posible cando a suspensión estea garantida por aval ou garantía e así se establecese para o mantemento desta. A lei esixe que o interesado debe solicitalo previamente, o que poderá materializar cando pide a suspensión, ou mesmo despois, normalmente coa achega da garantía.

2. Tamén debe manterse a suspensión coa formulación do recurso contencioso-administrativo, sempre que o interesado solicite a suspensión do acto obxecto do proceso.

Debemos lembrar que a doutrina contida na STC 66/1984, do 6 de xuño, en canto ao estudo que fai da executividade, expón que a tutela xudicial se satisfai facilitando que a dita executividade poida ser sometida ao control dun xulgado ou tribunal para que este, coa información e contradición que resulte necesaria, resolva sobre a suspensión.

Tamén a STC 78/1996, do 20 de maio, declarou o seguinte: “O dereito á tutela esténdese á pretensión de suspensión da execución dos actos administrativos que, se foi formulada no procedemento administrativo, debe permitir a impugnación da súa denegación e, se se exercitou no proceso, debe dar lugar neste á correspondente revisión específica”.

Tras o anterior, sentouse a conclusión de que o dereito á tutela xudicial se satisfai cando, antes da execución, se permite someter á decisión dun tribunal a executividade para que este resolva sobre a suspensión. E que, por tanto, se vulnera ese dereito fundamental, non cando se ditan actos que gozan de executividade, senón cando, en relación con estes, se inician actos materiais de execución sen lle ofrecer ao interesado a posibilidade de instar xudicialmente a suspensión desa executividade.

Por conseguinte, a medida cautelar de suspensión debe pedirse co escrito iniciador do recurso, o que suporá ter que esperar ata que que o órgano xudicial resolva na peza de medida cautelares a procedencia ou non da dita suspensión. O réxime xurídico das “medidas cautelares” no proceso contencioso-administrativo encóntrase nos artigos 129 e seguintes da LXCA.

Especificamente, no procedemento abreviado do artigo 78 da LXCA, a solicitude de suspensión normalmente formularase coa demanda iniciadora. Tanto no procedemento ordinario coma no abreviado, os efectos da suspensión cesarán, como se expuxo, coa resolución da medida cautelar, desestimándoa. No caso de formulación de recurso, xa sexa non devolutivo ou devolutivo (en apelación, segundo o artigo 80.1, apartado a) da LXCA e, en casación, de acordo co artigo 87.1 apartado b) da mesma lei), contra a resolución xudicial que decida a medida cautelar, desestimándoa, a tramitación

do dito recurso non impediría a execución do acto impugnado, pois por referencia a apelación é “nun só efecto”, segundo o artigo 80.1 da LXCA precitado, e porque o propio artigo 117.4 da LPACAP, como por outro lado xa dicía o anterior 111.4 da LRX-PAC, esixe simplemente que se produza o correspondente “pronunciamento xudicial sobre a solicitude”, o que se cumprirá coa resolución en instancia da medida cautelar. De estimarse despois o recurso non devolutivo ou mesmo o devolutivo, os efectos da dita estimación serían desde a notificación da resolución xudicial que estime.

Á hora de aplicar o apartado segundo do precepto en canto á resolución que debe ditarse unha vez formulada a petición de suspensión, destacamos a seguinte doutrina da Sala de Galicia, en determinados supostos particulares de especial interese práctico relacionados coas circunstancias concorrentes que habilitan a suspensión (agora previstas no artigo 117.2):

- Non basta a invocación dun motivo de nulidade de pleno dereito para que automaticamente opere a suspensión, porque cando non resulta evidente a causa de nulidade de pleno dereito e a irregularidade detectada pode paliarse cunha medida menos gravosa, o principio de conservación esixe que se manteñan aquelas actuacións que non estean afectadas polo vicio e que se manterían con contido igual de non terse cometido a infracción (Sentenza 571/2013, do 10 de xullo).
- Respecto a que a execución puidese causar prexuízos de imposible ou difícil reparación, no caso de ordes de demolición, a Sentenza 45/2011, do 20 xaneiro, recolle que se podería producir unha situación irreversible se a sentenza fose favorable e se tivese demolida xa a edificación litixiosa, pero só cando esta sexa o domicilio habitual do recorrente (SSTS do 12.11.96, 07.03.01, 01.04.02 ), ou cando aquela se localice nunha zona que non fose clasificada urbanisticamente como especialmente protexida ou que non sexa radicalmente incompatible co planeamento (SSTS do 14.06.06, 26.07.06). Antes, a Sentenza do 16 de febreiro de 2005, da Sala de Galicia, no recurso de apelación 33/2004 estableceu tamén, como criterio para admi-

tir a suspensión do acto de demolición, que o interesado desenvolva no inmovible unha actividade económica que constitúa o seu medio de vida (nos mesmos termos, Sentenza 919/2012, do 11/10/2012, recurso de apelación número 4376/2012).

- Seguindo coa casuística dos prexuízos de imposible ou difícil recuperación, o Auto da Sala de Galicia do 16 de xuño de 2013 (PSS 4315/2013) explica que “a xurisprudencia é moi restritiva en orde á suspensión dos actos de contido económico, incluídas as sancións pecuniarias (AATS do 6 e 16/5/1996, 6/6/1996...), aínda que tamén se fai a excepción daqueles supostos en que pola elevada contía económica do asunto a execución inmediata poida supoñer un quebranto importante para o interesado”. Este último debe acreditar cun principio de proba a gravidade do dito quebranto. Así, na Sentenza 21/2015, do 22 de xaneiro, da Sala de Galicia recóllese que, tal e como demostra a xurisprudencia máis recente, debe adoptarse un criterio restritivo ao acordar a medida cautelar, e non se pode considerar que proceda, aínda que sexa elevada a contía do recurso, cando non constan datos sobre a situación económica do recorrente, que debeu achegar como principio de proba.

Finalmente, sobre a “prestación de caución ou garantía suficiente para responder (...) nos termos establecidos regulamentariamente”, está sendo admitido sen quebra que a dita garantía pode ser tanto persoal coma real, sempre que se dispoña, respecto das garantías reais, da necesaria protección rexistral. En canto á remisión do precepto aos “termos establecidos regulamentariamente”, debemos entendela referida aos preceptos regulamentarios que regulan con carácter xeral a constitución de garantías, e destaca a expresa regulación do Regulamento xeral de recadación, aprobado polo Real decreto 939/2005, do 29 de xullo (en especial, no artigo 48).

#### **REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Sentenza 66/1984, do 6 de xuño, do Tribunal Constitucional (Sala Segunda), recurso de amparo núm. 487/1983.

Sentenza 78/1996, do 20 de maio, do Tribunal Constitucional (Sala Segunda), recurso de amparo núm. 2698/1993.

*Lei 30/1992 comentada por letrados da Xunta de Galicia (2007)*, segunda edición revisada, páxinas 382-384.

### **Artigo 118. Audiencia dos interesados**

1. *Cando se deban ter en conta novos feitos ou documentos non recollidos no expediente orixinario, poranse de manifesto aos interesados para que, nun prazo non inferior a dez días nin superior a quince, formulen as alegacións e presenten os documentos e xustificantes que achen procedentes.*

*Non se terán en conta na resolución dos recursos, feitos, documentos ou alegacións do recorrente cando, podendo achegalos no trámite de alegacións, non o fixo. Tampouco poderá solicitarse a práctica de probas cando a súa falta de realización no procedemento en que se ditou a resolución impugnada sexa imputable ao interesado.*

2. *Se houber outros interesados, daráselles, en todo caso, traslado do recurso para que, no prazo antes citado, aleguen canto achen procedente.*

3. *O recurso, os informes e as propostas non teñen o carácter de documentos novos para os efectos deste artigo. Tampouco o terán os que os interesados xuntasen ao expediente antes de se ditar a resolución impugnada.*

#### **COMENTARIO:**

O precepto segue as liñas do anterior artigo 112 da LRX-PAC, coa única novidade de incorporar que en vía de recurso non se poderán solicitar probas cando a falta da súa realización no procedemento sexa imputable ao interesado. *A contrario sensu*, debe entenderse que caberá en vía de recurso a posibilidade de propoñer e practicar probas, con esta expresa limitación para o interesado. De practicarse calquera proba, incluso no suposto expresamente previsto no apartado 1 relativo á incorporación de documentos non previamente existentes no expediente administrativo, haberá que poñer de manifesto o practicado e o incorporado para alegacións dos interesados.

Seguindo a Hernández Jiménez sobre a expresa referencia no precepto a que non poderá solicitarse a práctica de probas cando a súa falta de realización no procedemento en que se ditou a resolución impugnada sexa imputable ao interesado, ten como finalidade evitar dilacións indebidas na tramitación dos recursos administrativos e respectar a natureza de cada procedemento administrativo, que quedaría desdebuxada se en fase de recurso se deixa sen efecto o acto adoptado pola práctica de proba que non se considerou na súa instrución precisamente por causa imputable ao interesado.

Non obstante, o parágrafo segundo deste artigo 112.1 traslada que a vía de recurso non é un novo procedemento administrativo con toda a tramitación esixible da instancia, de tal maneira que a regra básica é a de que non se terán en conta para a resolución feitos, documentos ou alegacións do recorrente cando, podendo achegalos no trámite de alegacións, non o fixo. Opera, por conseguinte, como excepción, se houbese feitos ou documentos “novos”. Da lectura do precepto resulta claramente que este concepto só será predicable dos feitos e documentos de data posterior ao trámite final de alegacións no procedemento administrativo ou que, malia seren de data anterior, o interesado xustifique que non lle foi posible achegalos no procedemento administrativo seguido para o ditado da resolución. Aclara o apartado último do precepto que “o recurso, os informes e as propostas non teñen o carácter de documentos novos para os efectos deste artigo. Tampouco o terán os que os interesados xuntasen ao expediente antes de se ditar a resolución impugnada”.

Certo é que en determinados procedementos, onde a normativa específica despraza a do procedemento administrativo común, aínda se é mais rigoroso na apreciación destes principios. Así, por exemplo, en materia de axudas e subvencións sometidas a un procedemento de concorrencia competitiva, xustamente para garantir a total igualdade de trato para os solicitantes que compiten por un crédito limitado, deberá acudir a unha aplicación restritiva. Efectivamente, na xestión de axudas e subvencións, operan os principios de transparencia, obxectividade, igualdade e non discriminación (artigo 8.3 da Lei 38/2003, do 17 de novembro, xeral de subvencións e, en Galicia, o artigo 5.3 da Lei 9/2007, do 13 de xuño, galega de subvencións).

Consecuentemente, admitir como válida e eficaz unha documentación constitutiva do dereito do solicitante das axudas en trámite de recurso administrativo supón beneficiar o que negligentemente non cumpriu coa obriga establecida na convocatoria e na lei de achegar a documentación esencial xustificativa do seu dereito para a obtención da subvención no momento procedemental oportuno, que sería o do prazo de presentación de instancias ou, en último caso, no prazo excepcional de dez días concedido logo do requirimento da Administración, o que prexudica os que, diligentemente e no seu prazo, presentaron a documentación completa xustificativa. A igualdade nos procedementos de concorrencia resulta básica, coa finalidade de non dar mellores oportunidades uns fronte aos outros, que compiten por un crédito limitado, como dixemos. Calquera outra interpretación entraría en colisión cos principios de xestión no outorgamento de subvencións xa citados. Nesta liña, acudindo á doutrina da Sala de Galicia, só se admite a presentación extemporánea da documentación requirida cando o interesado acredita a súa dilixencia para intentar a súa achega ao procedemento dentro do prazo concedido, e a Administración resulta culpable da tardanza na entrega da documentación para achegar ao expediente de subvención (Sentenza 85/2016, do 17 de febreiro, da Sala de Galicia). Igualmente, hai sentenzas desta mesma sala que confirman a ineficacia da presentación extemporánea de documentación esencial co recurso de reposición; por exemplo, a Sentenza do 18 de marzo de 2009 correspondente aos autos de procedemento ordinario número 437/2007.

Na análise de conxunto do precepto a mesma Sala de Galicia na Sentenza 1130/2012, do 20 de decembro, razoa que o apartado primeiro do artigo se refire ou afecta a quen interpuxese o recurso administrativo, non aos terceiros. A estes refírese o número 2 deste mesmo precepto, pois encabézao a expresión: “Se houberse outros interesados”. Para estes outros interesados será obrigada a audiencia e, se non a houbo, a resolución do recurso administrativa debe anularse por indefensión.

Doutrinalmente, González Pérez pon en íntima conexión a práctica do trámite de audiencia coa existencia ou non dun trámite de

proba no previo procedemento administrativo. Seguindo a análise efectuada por este autor, podemos distinguir diversos supostos:

1. Se no procedemento administrativo si se acordou a apertura dun período probatorio.

Neste caso, non parece necesario que se reitere a práctica de proba en vía de recurso. Non entanto, existen excepcións. Así, cando o interesado non comparecese no procedemento por non ser citado pola Administración a pesar de ter a dita condición, debe acordarse a práctica do trámite de audiencia. Do mesmo modo, deberá acordarse a audiencia, cando ao recorrente non se lle notificase oportunamente a existencia do período probatorio.

Por último, nada impide que, proponendo probas cuxa práctica non se acordou pola Administración, o recorrente poida volver instar a súa realización en vía de recurso.

2. Se no procedemento administrativo previo non se acordou a apertura dun período probatorio.

Neste caso, ha de partirse do disposto no artigo 77.2 da LPACAP (en termos similares, no anterior artigo 80.2 da LRX-PAC):

“Cando a Administración non teña por certos os feitos alegados polos interesados ou a natureza do procedemento o esixa, o instrutor deste acordará a apertura dun período de proba por un prazo non superior a trinta días nin inferior a dez, a fin de que poidan practicarse cantas xulgue pertinentes. Así mesmo, cando o considere necesario, o instrutor, a petición dos interesados, poderá decidir a apertura dun período extraordinario de proba por un prazo non superior a dez días”.

De xeito que, naqueles casos en que a Administración non tivese por certo o alegado polo interesado ou cando a natureza do procedemento administrativo esixa a práctica dun período de proba (por exemplo, o procedemento sancionador) e este non tivese lugar, o recorrente poderá facelo valer en vía de recurso e solicitar a práctica dun novo período probatorio.

A realización do trámite de audiencia en vía de recurso non se diferencia do previsto no procedemento administrativo. E así se poñe-



rá de manifesto no expediente administrativo, e concederse un prazo non inferior a dez nin superior a quince días para que os interesados formulen as súas alegacións sobre os feitos ou para que acheguen os documentos novos.

#### **REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS**

*Lei 30/1992 comentada por letrados da Xunta de Galicia (2007)*, segunda edición revisada, páxinas 384-386.

González Pérez, J. e González Navarro, F. *Comentarios a la Lei de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común*, 2.<sup>a</sup> edición, Editorial Civitas.

Hernandez Jiménez, H. “La revisión de los actos en vía administrativa. Novedades de la LPACAP”, *Actualidad Administrativa, La Ley*, número 2, febreiro 2016, páxina 115.

#### **Artigo 119. Resolución**

1. *A resolución do recurso estimará en todo ou en parte ou desestimará as pretensións formuladas nel ou declarará a súa inadmisión.*

2. *Cando, existindo vicio de forma, non se ache procedente resolver sobre o fondo, ordenarase a retroacción do procedemento ao momento en que o vicio foi cometido, sen prexuízo de que eventualmente o órgano competente poida acordar a validación de actuacións, de acordo co disposto no artigo 52.*

3. *O órgano que resolva o recurso decidirá cantas cuestións, tanto de forma como de fondo, suscite o procedemento, teñan sido ou non alegadas polos interesados. Neste último caso serán oídos previamente. Non obstante, a resolución será congruente coas peticións formuladas polo recorrente, sen que en ningún caso se poida agravar a súa situación inicial.*

#### **COMENTARIO:**

O precepto segue o réxime establecido no artigo 113 da LRX-PAC, co único engadido aclaratorio do segundo parágrafo, ao per-

mitir, para o caso da resolución que ordene retrotraer, validar as actuacións de acordo co artigo 52 da lei.

O artigo regula tres xeitos de terminación do procedemento administrativo:

- a) A desestimación do recurso, a resolución desestimarará o recurso naqueles casos en que o acto ou resolución impugnados se axusten a dereito.
- b) A estimación do recurso administrativo, cando o acto ou disposición impugnada incorra nalgún vicio de nulidade ou anulabilidade, previstos nos artigos 47 e 48 da lei.
- c) A inadmisión do recurso, de darse algún dos supostos agora expresamente compilados no artigo 116 da lei.

Nos casos de vicios de forma nos que non sexa procedente resolver sobre o fondo, o precepto indica que se procederá á retroacción do procedemento ao momento en que o vicio foi cometido, sen prexuízo de que eventualmente o órgano competente poida acordar a validación de actuacións, de acordo co disposto no artigo 52, suposto este previsto exclusivamente para os actos anulables, non para os nulos de pleno dereito.

Non obstante, a Sentenza da Sala de Galicia 749/2014, do 25 setembro, expón que aínda que unha sentenza anterior do mesmo tribunal do 2 de marzo de 2011 declarou a anulación da resolución recorrida con retroacción de actuacións ao momento anterior á comisión da irregularidade por non ofrecer o dereito a audiencia, e resolveu en prexuízo do interesado sen o trámite previo de alegacións, o tribunal galego decidiu, acudindo a razóns de economía procesual, decantarse por outra solución. Así, ao constar xa na evolución do procedemento xudicial as consideracións que no seu momento procedemental debeu facer o interesado, a Sala de Galicia entra no fondo do asunto e resolve o litixio.

Debemos recordar que, de acordo co artigo 35.1.b) da LPACAP, a resolución dos recursos administrativos deberá motivarse, en todo caso.

Non o di o precepto, pero cabe a posibilidade de que a Administración non resolva expresamente o recurso formulado, de tal

maneira que unha vez cumprido o prazo previsto se produciría un acto presunto, impugnabile ante a xurisdición. De acordo co artigo 24.1. parágrafo terceiro da LPAPAC, o sentido do silencio tamén será desestimatorio nos procedementos de impugnación de actos e disposicións e nos de revisión de oficio iniciados a solicitude dos interesados. Non obstante, cando o recurso de alzada se interpuxera contra a desestimación por silencio administrativo dunha solicitude polo transcurso do prazo, entenderase estimado este se, chegado o prazo de resolución, o órgano administrativo competente non ditase e notificase resolución expresa, sempre que non se refira ás materias enumeradas no parágrafo anterior deste apartado (peticións ás que se refire o artigo 29 da Constitución española, aquelas cuxa estimación tivese como consecuencia que se transferisen ao solicitante ou a terceiros facultades relativas ao dominio público ou ao servizo público, que impliquen o exercicio de actividades que poidan danar o medio e nos procedementos de responsabilidade patrimonial). Igualmente, admítase a posibilidade de que o procedemento de recurso finalice porque o recorrente desista del, logo de formalizalo, quedando firme o acto ou resolución inicialmente impugnado.

Especial importancia ten a regulación do principio xeral de resolución de todas as cuestións que suscite o procedemento, fosen ou non alegadas polos interesados, coa previsión dun trámite previo de audiencia se se propón resolver sobre unha cuestión non suscitada previamente. Como norma de peche, establécese a prohibición da *reformatio in peius*, e queda vedado que poida agravarse a situación inicial do recorrente.

Como recorda a Sentenza 220/2014, do 9 de abril, da Sala de Galicia, o Tribunal Supremo sinala que “a prohibición ou interdicción da *reformatio in peius* constitúe un principio procesual amplamente admitido pola xurisprudencia desta sala en interpretación do artigo 113.3 da Lei de procedemento administrativo”, e séntase que que “ao resolver un recurso de alzada non cabe agravar a situación da parte que recorre”. Na LRX-PAC, este principio atopábase plasmado cun carácter máis xeral no parágrafo segundo do artigo 89 e, en canto aos recursos administrativos, da forma expresa, no artigo

113.3 *in fine* da mesma lei, que agora reproduce o artigo 119 da lei que comentamos. Establécese así que en ningún caso pode agravarse a situación inicial do recorrente. Repútase, por tanto, unha garantía do réxime dos recursos que atopa o seu apoio no principio dispositivo, e mesmo na interdición da indefensión e no dereito constitucional á tutela xudicial efectiva. É evidente que se se aceptase que os órganos competentes para resolver os recursos poden modificar de oficio, en prexuízo dos recorrentes, a resolución impugnada por estes, introduciríase un elemento disuasorio para o exercicio do dereito aos recursos legalmente establecidos (STS do 29 de xaneiro de 2008, recurso de casación núm. 810/2005); FD terceiro, en termos case idénticos; sentenzas do 23 de novembro de 2005, recurso de casación núm. 5169/2003); FD sétimo; e do 2 de xuño de 2003, recurso de casación núm. 2821/1999).

Así, resulta de interese a seguinte casuística:

- A prohibición da *reformatio in peius* opera unicamente en vía de recurso, e non resulta de aplicación nas reclamacións ou alegacións que se poden presentar en procesos selectivos contra listaxes provisionais (Sentenza 401/2004, do 19 maio, da Sala de Galicia).
- A *reformatio in peius* non só se produce cando, como consecuencia do recurso, se lle impón ao afectado unha sanción máis grave que a establecida polo acto sancionador recorrido, senón tamén cando se lle imputan novas condutas ilícitas non declaradas no procedemento sancionador (Sentenza 745/2014, do 25 de setembro, da Sala de Galicia).

#### **REFERENCIAS XURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Sentenza do 29 de xaneiro de 2008 do Tribunal Supremo, recurso de casación núm. 810/2005.

Sentenza do 23 de novembro de 2005 do Tribunal Supremo, recurso de casación núm. 5169/2003.

Sentenza do 2 de xuño de 2003 do Tribunal Supremo, recurso de casación núm. 2821/1999.

## **Artigo 120. Pluralidade de recursos administrativos**

1. *Cando se deba resolver unha pluralidade de recursos administrativos que proveñan dun mesmo acto administrativo e se tiver interposto un recurso xudicial contra unha resolución administrativa ou ben contra o correspondente acto presunto desestimatorio, o órgano administrativo poderá acordar a suspensión do prazo para resolver ata se ditar pronunciamiento xudicial.*

2. *O acordo de suspensión deberá ser notificado aos interesados, que poderán interpor recurso contra el.*

*A interposición do correspondente recurso por parte dun interesado non afectará os restantes procedementos de recurso que se encontren suspendidos por derivaren do mesmo acto administrativo.*

3. *Feito o pronunciamiento xudicial, será comunicado aos interesados e o órgano administrativo competente para resolver poderá ditar resolución sen necesidade de realizar ningún trámite adicional, salvo o de audiencia, cando proceda.*

### **COMENTARIO:**

O precepto que se vai comentar, a prol dos principios de celeridade e eficacia da actuación administrativa, establece a posibilidade (que non a obriga), no caso de impugnación masiva dun acto administrativo cuxo debate sobre a legalidade xa fora elevada á xurisdición, de acordar a suspensión do prazo para resolver os demais recursos administrativos que están pendentes. Preténdese así, igualmente, dar preferencia ao criterio da xurisdición, procurar a coherencia e igualdade de trato para todos os afectados e favorecer a seguridade xurídica no ditado das resolucións dos recursos en asuntos substancialmente iguais.

O precepto, que constitúe unha das novidades da LPACAP respecto da redacción da anterior LRX-PAC, prevé no segundo apartado que o acordo de suspensión poida ser recorrido polo interesado afectado, sen que isto afecte os demais recursos que se encontren suspendidos. Entendemos que os motivos deste recurso deberían quedar limitados a debater sobre se se dan ou non os supostos de feito habi-

litantes para a suspensión, sen que proceda discutir sobre o fondo ao recorrer o dito acordo de suspensión.

A importancia desta nova regulación está reflectida na exposición de motivos da lei que fai fincapé nesta novidade: “Cabe destacar como novidade a posibilidade de que cando unha Administración deba resolver unha pluralidade de recursos administrativos que traian causa dun mesmo acto administrativo e se interpuxo un recurso xudicial contra unha resolución administrativa ou contra o correspondente acto presunto desestimatorio, o órgano administrativo poderá acordar a suspensión do prazo para resolver ata que recaia pronunciamento xudicial...”.

Finalizado o procedemento xudicial e logo da comunicación a todos os interesados, o órgano administrativo poderá resolver todos os demais recursos pendentes, sen necesidade de realizar ningún trámite adicional, salvo o de audiencia, cando proceda. O apartado 3 do precepto sitúa por tanto como decisivo o pronunciamento xudicial que se dite no preito “testemuña”. O precepto non obriga a que esta decisión xudicial teña que ser firme, aínda que unha interpretación finalística da norma, a prol de garantir a máxima seguridade xurídica, permite entender que o levantamento da suspensión e a resolución en masa dos demais recursos administrativos esixiría dispoñer previamente dunha sentenza firme no preito de base.

A opción operativa que prevé o precepto, de existencia dun recurso “testemuña”, a cuxo resultado estarán vinculados todos os demais recursos nos que se impugne o mesmo acto administrativo, constitúe unha opción xa prevista e coñecida no ámbito procesual da xurisdición contencioso-administrativa. De maneira análoga, o artigo 37, nos apartados 2 e 3 da LXCA, permite que cando ante un xuíz ou tribunal tivese pendente unha pluralidade de recursos con idéntico obxecto, o órgano xurisdiccional, se non se acumularon, deberá tramitar un ou varios con carácter preferente logo da audiencia das partes por un prazo común de cinco días, e suspenderase o curso dos demais ata que se dite sentenza nos primeiros. Unha vez firme, o letrado da Administración da xustiza levará testemuño da

sentenza aos recursos suspendidos e notificarállela aos recorrentes afectados pola suspensión, co fin de que no prazo de cinco días poidan interesar a extensión dos seus efectos nos termos previstos no artigo 111, a continuación do procedemento, ou ben desistir do recurso.

Nunha inicial aproximación, resulta interesante facer unha análise crítica do precepto que se comenta. En primeiro lugar, ao preverse que o ditado do acordo de suspensión sexa unha posibilidade de actuación e non unha obriga para o órgano administrativo, estará supeditada a súa aplicación e eficacia a propia vontade e interese do órgano administrativo. En segundo lugar, ao establecerse a obriga de que o acordo de suspensión teña que ser notificado aos interesados, a celeridade e a eficacia queda moi diluída, pois ao dispoñer o órgano administrativo dun precedente na resolución do debate pode ser máis cómodo e igual de rápido na xestión ditar en masa as resolucións dos recursos administrativos, e sen prexuízo do dereito dos interesados a acudir logo, individualmente, á xurisdición. En último lugar, a finalidade nomofiláctica ou unificadora que se pretende pode ser relativa, pois ao tratarse da impugnación dun acto cuxo coñecemento permita aprioristicamente a intervención competencial de varios órganos xurisdicionais do mesmo grao xerárquico non garante a obtención dun criterio pacífico e que poida definir definitivamente, e con total seguridade, o debate.

Seguindo coa crítica, neste caso a Del Valle Pascual, bótase en falta na construción do precepto que a lei habilítase expresamente unha tramitación de urxencia para o preito “testemuña” ou que, nestes casos, a Administración ditase resolución expresa de acumulación na vía administrativa e abra a vía da posible comparecencia de todos os recorrentes no mesmo órgano xurisdiccional coa mesma competencia territorial.

#### **REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Del Valle Pascual, J. M. “Los recursos administrativos en la nueva ley de procedimiento y las trampas de una tradición”, *Actualidad administrativa, La Ley*, número 2, febreiro de 2016, páxina 122.

## SECCIÓN 2.<sup>a</sup>

### Recurso dealzada

#### Artigo 121. Obxecto

1. *As resolucións e os actos a que se refire o artigo 112.1, cando non poñan fin á vía administrativa, poderán ser impugnados en alzada ante o órgano superior xerárquico do que os ditou. Para estes efectos, os tribunais e órganos de selección do persoal ao servizo das administracións públicas e calquera outro que, no seo destas, actúe con autonomía funcional, consideraranse dependentes do órgano a que estean adscritos ou, na súa falta, do que fixese o nomeamento do seu presidente.*

2. *O recurso poderase interpor ante o órgano que ditou o acto que se impugna ou ante o competente para resolvelo.*

*Se o recurso se interpuxese ante o órgano que ditou o acto impugnado, este deberá remitilo ao competente no prazo de dez días, co seu informe e cunha copia completa e ordenada do expediente.*

*O titular do órgano que ditou o acto impugnado será responsable directo do cumprimento do previsto no parágrafo anterior.*

#### COMENTARIO:

Este artigo 121 é copia exacta na súa regulación ao anterior artigo 114 da LRX-PAC. En consecuencia, o obxecto do recurso de alzada non se ve alterado co cambio lexislativo, non así o réxime xurídico dos prazos, regulados no artigo seguinte, que como veremos incorporará importantes novidades.

Así pois, en canto ao obxecto do recurso de alzada, dicíamos no libro *Lei 30/1992 comentada por letrados da Xunta de Galicia* que o estudo do precepto esixía algunha relación particular con outros preceptos da normativa básica de procedemento administrativo e réxime xurídico común. Así, por exemplo, en canto aos actos ou disposicións ditados por delegación, os artigos 9.2. apartado c) da LRXSPO e 6.4. apartado d) da Lofaxga, impiden delegar a facultade



de resolver os recursos nos órganos administrativos que diten os actos obxecto do recurso.

O apartado segundo do precepto que se comenta posibilita a interposición do recurso de alzada ante o órgano que ditou o acto ou ante o superior xerárquico. Se o recurso se interpón ante o órgano que ditou o acto impugnado, establécese a necesidade de que o devandito órgano acompañe o seu informe (xuntamente coa remisión dunha copia completa e ordenada do expediente administrativo), o que supón a introdución dun informe de carácter preceptivo na tramitación do recurso. Cando o recurso se interpuxese directamente ante o órgano competente para resolver, nada se di ao respecto, pero en coherencia e para o adecuado coñecemento do debate debe entenderse que o superior xerárquico deberá solicitar igualmente o dito informe e a copia completa e ordenada do expediente administrativo.

En canto a esta remisión do expediente administrativo por parte do órgano que ditou o acto recorrido, debe recordarse que a LPA-CAP define como tal, no artigo 70, o conxunto ordenado de documentos e actuacións que serven de antecedente e fundamento á resolución administrativa, así como as dilixencias encamiñadas a executala. Os expedientes terán formato electrónico e formaranse mediante a agregación ordenada de cantos documentos, probas, ditames, informes, acordos, notificacións e demais dilixencias deban integralos, así como un índice numerado de todos os documentos que conteña cando se remita. Así mesmo, deberá constar no expediente unha copia electrónica certificada da resolución adoptada. Cando en virtude dunha norma sexa preciso remitir o expediente electrónico, farase de acordo co previsto no Esquema nacional de interoperabilidade e nas correspondentes Normas técnicas de interoperabilidade, e enviarase completo, foliado, autenticado e acompañado dun índice, así mesmo autenticado, dos documentos que conteña. A autenticación do citado índice garantirá a integridade e inmutabilidade do expediente electrónico xerado desde o momento da súa sinatura e permitirá a súa recuperación sempre que sexa preciso, e será admisible que un mesmo documento forme parte de distintos expedientes electrónicos. Non formará parte do expediente administrativo a información que teña carácter auxiliar ou de apoio,

como a contida en aplicacións, ficheiros e bases de datos informáticas, notas, borradores, opinións, resumos, comunicacións e informes internos ou entre órganos ou entidades administrativas, así como os xuízos de valor emitidos polas administracións públicas, salvo que se trate de informes, preceptivos e facultativos, solicitados antes da resolución administrativa que poña fin ao procedemento.

No ámbito da Administración local, é pouco habitual a vía de alzada. A razón está na propia estrutura xerárquica dos entes territoriais desta Administración, coa intervención competencial dos órganos superiores (artigo 52 da LBRL), Pleno, alcalde ou presidente e Xunta de Goberno Local, cuxas resolucións poñen fin á vía administrativa, e contra elas só cabe recurso de reposición ou acudir directamente á xurisdición. Non obstante, e con expreso apoio no apartado 2.a) daquel precepto, cabería a posibilidade de alzada, cando logo do acto emanado do alcalde ou do presidente, Pleno ou Xunta de Goberno, proceda recurso ante a Administración do Estado ou da comunidade autónoma nos supostos do artigo 27.2 da propia LBRL; isto é, no caso de competencias que se exerzan por delegación. Este último precepto, recordemos tamén, permite que o Estado ou a comunidade autónoma deleguen en dous ou máis municipios da provincia unha ou varias competencias comúns. Todo o anterior non impide que no ámbito da Administración local se poidan dar situacións habilitantes para o recurso de alzada de acordo coas regras xerais sobre os recursos. Un bo exemplo sería o suposto especificamente previsto no artigo 121.1 da lei que comentamos respecto aos actos ditados por un tribunal de selección de persoal, contra os que cabería recurso de alzada ante o órgano de adscrición ou, no seu defecto, ante o titular do órgano que nomease o presidente dese tribunal.

No ámbito da Administración instrumental, o artigo 66.1 da Lofaxga habilita o recurso de alzada neste ámbito, e expón que os actos administrativos dos órganos das entidades públicas instrumentais son susceptibles dos recursos administrativos previstos na lexislación básica sobre réxime xurídico das administracións públicas. Os actos ditados polo consello reitor ou polo presidente esgotan a vía administrativa, salvo que a súa lei de autorización espe-

cífica previse a posibilidade de recurso de alzada impropio ante un órgano da consellería de adscrición.

### **REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

*Lei 30/1992 comentada por letrados da Xunta de Galicia (2007)*, segunda edición revisada, páxinas 390-391.

### **Artigo 122. Prazos**

1. O prazo para a interposición do recurso de alzada será dun mes, se o acto for expreso. Transcorrido este prazo sen se ter interposto o recurso, a resolución será firme para todos os efectos.

Se o acto non for expreso, o solicitante e outros posibles interesados poderán interpor recurso de alzada en calquera momento a partir do día seguinte a aquel en que, de acordo coa súa normativa específica, se produzan os efectos do silencio administrativo.

2. O prazo máximo para ditar e notificar a resolución será de tres meses. Transcorrido este prazo sen se ditar resolución, poderase entender desestimado o recurso, salvo no suposto previsto no artigo 24.1, terceiro parágrafo.

3. Contra a resolución dun recurso de alzada non caberá ningún outro recurso administrativo, salvo o recurso extraordinario de revisión, nos casos establecidos no artigo 125.1.

### **COMENTARIO:**

O precepto segue as liñas do artigo 115 da LRX-PAC no seguinte:

1. O prazo do recurso de alzada contra un acto expreso é dun mes. Debemos recordar que o cómputo do prazo se fará da seguinte forma de acordo coa nova lei: computarase a partir do día seguinte a aquel en que teña lugar a notificación ou publicación do acto de que se trate, ou desde o seguinte a aquel en que se produza a estimación ou desestimación por silencio administrativo. O prazo concluirá o mesmo día no que se produciu a notificación, publicación ou silencio administrativo no mes de vencemento. Se o mes de vencemento non tivese

día equivalente a aquel no que comeza o cómputo, entenderase que o prazo expira o último día do mes (artigo 30.4 da lei que se comenta).

2. Se o acto fose expreso, e non se recorrese enalzada no seu prazo, a resolución será firme para todos os efectos. No caso de presentación extemporánea do recurso de alzada, este non se deberá admitir, como establece o artigo 116, apartado d) da lei que se comenta.

3. Unha vez resolto o recurso de alzada, non caberá interpoñer outro recurso administrativo contra a resolución que se dite (por tanto, non caberá interpoñer un recurso de reposición), e quedará aberta a vía xurisdiccional. Queda exceptuada a posibilidade legal de formular un recurso extraordinario de revisión, agora regulado nos artigos 125 e 126 da LPACAP.

Así as cousas, o artigo 122 introduce como novidade nesta materia a xurisprudencia que, respecto ao prazo para recorrer contra un acto presunto, ensinaba que este quedaba indefinidamente aberto ata que a Administración resolvese expresamente. Un bo exemplo é a STC 52/2014, do 10 de abril. Esta tese desnaturalizaba de raíz o artigo 46.1 da LRXCA en canto ao prazo de seis meses para recorrer ante a xurisdición contencioso-administrativa contra un acto presunto ao concluír que, esencialmente, o dereito á tutela xudicial efectiva xeraba unha interpretación favorable a que non se debe manter un prazo perentorio para reaccionar xudicialmente contra a desestimación polo transcurso do prazo máximo no que a Administración debía resolver o recurso administrativo (no caso do recurso de alzada, como vemos neste artigo 122.2, este prazo é de tres meses). Por tanto, é contrario á doutrina constitucional o binomio legal de espera (tres meses mais seis) para recorrer na vía xurisdiccional, e queda aberto o prazo para interpoñer recurso contencioso-administrativo ata que a Administración decida resolver expresamente o recurso administrativo, momento no que comezaría a computarse o prazo perentorio de dous meses para accionar xudicialmente.

Recordaba o TC na referida Sentenza 52/2014, do 10 de abril, a súa precedente doutrina elaborada en vía de amparo insistindo en que “ante unha desestimación presunta, o cidadán non pode estar obrigado a recorrer en todo caso, so pretexto de converter a súa in-

actividade en consentimento do acto presunto, pois iso supoñería impoñerlle un deber de dilixencia que non lle é esixible á Administración”. Tiña tamén dito o TC que a “lei non obriga o cidadán a recorrer un acto presunto e si a Administración para resolver, de forma expresa”, a solicitude ou o recurso presentado por aquel. “Se o silencio negativo é unha institución creada para evitar os efectos paralizantes da inactividade administrativa, é evidente que ante unha resolución presunta desta natureza o cidadán non pode estar obrigado a recorrer, sempre e en todo caso, so pretexto de converter a súa inactividade en consentimento co acto presunto, esixíndoselle un deber de dilixencia que non lle é esixido á Administración” (STC 188/2003, do 27 de outubro, FX 6, nun razoamento reafirmado logo en incontables supostos). É decisiva a apreciación de que “a Administración non pode verse beneficiada polo incumprimento da súa obriga de resolver expresamente en prazo solicitudes dos cidadáns, deber este que entronca coa cláusula do Estado de Dereito (art. 1.1 da CE), así como cos valores que proclaman os artigos. 24.1, 103.1 e 106.1 da CE” (SSTC 86/1998, do 21 de abril, FX 5; 71/2001, do 26 de marzo, FX 4, e 188/2003, do 27 de outubro).

Pois ben, á vista da consolidación desta doutrina xurisprudencial, resulta totalmente coherente que a LPACAP traslade as mesmas consecuencias ao réxime do recurso administrativo contra o silencio da Administración, unha vez transcorrido o prazo do que dispoñía para resolver e notificar o acto. De maneira congruente, desaparece o establecemento dun prazo perentorio para recorrer en alzada contra un acto presunto, do mesmo xeito que no recurso de reposición (artigo 124.1 da LPACAP). Así, se o acto non fose expreso, o solicitante e outros posibles interesados poden interpoñer o recurso de alzada “en calquera momento a partir do día seguinte a aquel en que, de acordo coa súa normativa específica, se produzan os efectos do silencio administrativo”.

Neste estado de situación, e seguindo a Álvarez García, esta supresión do prazo perentorio para recorrer o silencio na vía administrativa debera acompañarse coa modificación da LXCA, cuxo artigo 46 segue na súa letra sen adaptarse á doutrina xurisprudencial exposta, e que asume a lei de procedemento común.

Polo demais, a aplicación do precepto está intimamente ligado co disposto no artigo 21 da LPACAP en canto impón a obriga da Administración de ditar resolución expresa e de notificala en todos os procedementos calquera que sexa a súa forma de iniciación, excepto nos supostos de terminación do procedemento por pacto ou convenio, así como os procedementos relativos ao exercicio de dereitos sometidos unicamente ao deber de declaración responsable ou comunicación á Administración. O prazo máximo no que debe notificarse a resolución expresa será o fixado pola norma reguladora do correspondente procedemento. Este prazo non poderá exceder de seis meses, salvo que unha norma con rango de lei estableza un maior ou así veña previsto no dereito da Unión Europea. Como norma de peche, cando as normas reguladoras dos procedementos non fixen o prazo máximo, este será de tres meses. Este prazo e os previstos no apartado anterior contaránse: a) nos procedementos iniciados de oficio, desde a data do acordo de iniciación; b) nos iniciados a solicitude do interesado, desde a data en que a solicitude tivese entrada no rexistro electrónico da Administración ou organismo competente para a súa tramitación.

Coa finalidade de garantir unha maior publicidade e información nesta materia, o artigo 21.4 da LPACAP establece que as administracións públicas deben publicar e manter actualizadas no portal web, para efectos informativos, as relacións de procedementos da súa competencia, con indicación dos prazos máximos de duración destes, así como dos efectos que produza o silencio administrativo. En todo caso, as administracións públicas informarán os interesados do prazo máximo establecido para a resolución dos procedementos e para a notificación dos actos que lles poñan termo, así como dos efectos que poida producir o silencio administrativo. Esta mención incluírase na notificación ou publicación do acordo de iniciación de oficio, ou na comunicación que se dirixirá para o efecto ao interesado dentro dos dez días seguintes á recepción da solicitude iniciadora do procedemento no rexistro electrónico da Administración ou organismo competente para a súa tramitación. Neste último caso, a comunicación indicará ademais a data en que a solicitude foi recibida polo órgano competente. No apartado 5 deste mesmo artigo 21, establécese que

cando o número das solicitudes formuladas ou as persoas afectadas puidesen supoñer un incumprimento do prazo máximo de resolución, o órgano competente para resolver, a proposta razoada do órgano instructor, ou o superior xerárquico do órgano competente para resolver, a proposta deste, poderán habilitar os medios persoais e materiais para cumprir co despacho adecuado e en prazo.

O persoal ao servizo das administracións públicas que teña ao seu cargo o despacho dos asuntos, así como os titulares dos órganos administrativos competentes para instruír e resolver, son directamente responsables, no ámbito das súas competencias, do cumprimento da obriga legal de ditar resolución expresa en prazo. O incumprimento da devandita obriga dará lugar á esixencia de responsabilidade disciplinaria, sen prexuízo da que haxa lugar de acordo coa normativa aplicable (artigo 21.6).

#### **REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Sentenza 52/2014, do 10 abril, do Tribunal Constitucional (Sala Pleno).

*Lei 30/1992 comentada por letrados da Xunta de Galicia* (2007), 2.<sup>a</sup> edición revisada, páxinas 392-393.

Álvarez García, V. “La codificación parcial de la jurisprudencia sobre la inexistencia de plazos para recurrir los supuestos de silencio negativo (o un supuesto de evitable desajuste técnico entre la nueva lei de procedimiento administrativo común de las administraciones públicas y la vieja ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa)”, *Actualidad administrativa, La Ley*, número 2, febreiro de 2016, páxina 125-138.

### **SECCIÓN 3.<sup>a</sup>**

#### **Recurso potestativo de reposición**

##### **Artigo 123. *Obxecto e natureza***

1. *Os actos administrativos que poñan fin á vía administrativa poderán ser impugnados potestativamente en reposición ante o mesmo órgano*

*que os ditou ou ser impugnados directamente ante a orde xurisdiccional contencioso-administrativa.*

*2. Non se poderá interpor recurso contencioso-administrativo ata que se resolva expresamente ou se produza a desestimación presunta do recurso de reposición interposto.*

### **COMENTARIO:**

O recurso de reposición regulado no novo texto legal conserva o teor literal do anterior precepto, artigo 116 da Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común, na súa redacción dada por Lei 4/1999, do 13 de xaneiro. Polo tanto, o vixente texto non contén ningunha novidade que mencionar aquí.

A característica máis definitoria do recurso potestativo de reposición é a de que se interpón ante o mesmo órgano que ditou o acto impugnado, que é o que, ademais, ten que resolvelo. Non é, polo tanto, un recurso dos chamados xerárquicos.

Tamén se pode caracterizar por ser un recurso ordinario, dado que pode interpoñerse contra calquera acto e basearse en calquera infracción do ordenamento xurídico.

A súa configuración histórica como requisito previo ao recurso contencioso-administrativo, é dicir, como presuposto procesual da posterior impugnación xurisdiccional, desapareceu desde que, logo da Lei 4/1999, se considera en todo caso un recurso facultativo ou potestativo para a persoa interesada.

A presenza desta figura no noso ordenamento responde, en esencia, a diferentes xustificacións. Por un lado, a de lle dar oportunidade á Administración de revisar a súa propia actuación anterior. E en relación co particular interesado o recurso xustifícase, de modo xeral, na necesidade de protexer os seus dereitos e intereses e, particularmente, permitirlle obter un novo pronunciamento por parte da Administración e ampliar así as súas posibilidades de defensa. Ademais, en ambos os casos se trata de ofrecer unha última oportunidade de evitar levar a contenda xurídica ante os tribunais contenciosos,



no caso da Administración, co que se obvia un eventual ditame adverso e, para o particular, evítanse os custos que implica a súa representación e defensa no proceso. Por estas razóns, algúns quixeron ver no recurso de reposición similitudes coa figura procesual do acto de conciliación.

A pesar de todo o anterior, a figura do recurso de reposición foi moi discutida desde a súa implantación e cuestionouse, sobre todo, a súa verdadeira utilidade. Argumentábase a este respecto que a Administración, salvo circunstancias extraordinarias, sendo dalgún modo xuíz e parte na resolución do recurso, dificilmente ía modificar o seu criterio e o normal sería que se mantivese na súa posición sen, polo tanto, acceder a reformala por moi atinadas que fosen as alegacións do reclamante. E que realmente, non resulta en todo caso fácil establecer cales poden chegar a ser os motivos que leven ao órgano administrativo decisorio a cambiar a súa resolución anterior.

En definitiva, discutíase se verdadeiramente co recurso de reposición se lle ofrecía realmente unha segunda oportunidade ao cidadán ou se, polo contrario, carecía de toda eficacia e constituía máis ben un obstáculo e unha carga que ademais demoraba o acceso á vía xurisdiccional. Foron quizais as ditas razóns as que levaron o texto primitivo da Lei 30/1992 a suprimir o recurso e substituílo por unha simple comunicación do recorrente á Administración na que debía advertir da súa intención de interpoñer o recurso contencioso-administrativo.

Así as cousas, xurdiron novas críticas, esta vez de signo contrario, por canto, entre outras razóns, a supresión da reposición deixaba sen posibilidade de recurso administrativo previo a numerosos actos das corporacións locais que lle puñan fin á vía administrativa e, polo tanto, non eran susceptibles de recurso e desta forma, realmente, deixábanse as persoas interesadas sen a posibilidade de utilizar recurso ningún.

A redacción dada á Lei 30/1992 pola Lei 4/1999 puxo as cousas nuns termos que parecen ser os máis adecuados, recuperando o recurso de reposición mais baixo unha única modalidade, é dicir,

como recurso, en todo caso, potestativo ou facultativo. Esta é tamén a caracterización que lle outorga a nova lei.

En efecto, o recurso de reposición configúrase definitivamente como un recurso facultativo. Agora ben, se se opta por interpoñer o recurso, a súa resolución convértese en requisito procesual do eventual contencioso pois a lei taxativamente sinala que nestes casos non se poderá interpoñer recurso contencioso-administrativo ata que se resolva expresamente ou se produza, transcorrido o prazo dun mes, a desestimación presunta do recurso de reposición interposto.

Entendemos neste caso que, se se simultánea o recurso de reposición co contencioso-administrativo, a consecuencia debería ser a inadmisión deste último por parte dos tribunais contenciosos. Non obstante, o Tribunal Supremo nalgún do seus pronunciamentos considera matizadamente que o recurso contencioso debe admitirse a trámite se, no momento de decidir sobre a súa admisión ou inadmisión, xa transcorreu o prazo para resolver e notificar o recurso de reposición.

Os actos susceptibles de recurso son aqueles definitivos ou de trámite cualificados que esgotaron a vía administrativa. A este respecto, hai que seguir o sinalado no 114 da lei cando por tales actos considera:

- a) As resolucións dos recursos de alzada. Trataremos máis adiante especificamente este suposto, pois presenta certos aspectos que convén analizar.
- b) As resolucións dos procedementos a que se refire o artigo 112.2.
- c) As resolucións dos órganos administrativos que carezan de superior xerárquico, salvo que unha lei estableza o contrario.
- d) Os acordos, pactos, convenios ou contratos que teñan a consideración de finalizadores do procedemento.
- e) A resolución administrativa dos procedementos de responsabilidade patrimonial, calquera que for o tipo de relación, pública ou privada, de que derive.
- f) A resolución dos procedementos complementarios en materia sancionadora a que se refire o artigo 90.4.

- g) As demais resolucións de órganos administrativos cando unha disposición legal ou regulamentaria así o estableza.

Ademais do sinalado no artigo 114, hai que ter en conta que no ámbito da Comunidade Autónoma de Galicia, de conformidade co artigo 4 da Lei 6/2001, do 29 de xuño, de adecuación da normativa da Comunidade Autónoma de Galicia á Lei 4/1999, do 13 de xaneiro, poñen fin tamén á vía administrativa os actos e resolucións dos órganos seguintes:

- a) Os do Consello da Xunta, os do seu presidente e os das súas comisións delegadas.
- b) Os dos conselleiros.
- c) Os dos secretarios xerais e directores xerais en materia de persoal.
- d) Os dos órganos superiores de goberno de organismos autónomos e dos entes públicos cando exercitan competencias administrativas.
- e) Os das demais autoridades cando así o estableza unha disposición legal ou regulamentaria.

Sobre este punto non nos estenderemos máis, pois xa está convenientemente tratado no comentario ao artigo 114 da lei.

Como anteriormente apuntabamos, o suposto previsto no artigo 114.a) da lei citado, cando inclúe entre os actos que poñen fin á vía administrativa a resolución do recurso de alzada, presenta algunha controversia pola aparente contradición que se produce entre este artigo e a regulación contida no artigo 122.3 da propia lei, cando establece que contra a resolución do recurso de alzada non caberá ningún outro recurso administrativo, con excepción feita do recurso extraordinario de revisión.

Esta aparente contradición foi analizada polo Tribunal Supremo en distintas sentenzas, entre outras na STS do 12 de novembro de 2010, en referencia á Lei 30/1992, para acabar concluíndo que, contra a resolución dun recurso de alzada, non cabe interpoñer o recurso potestativo de reposición. Apunta o tribunal a dous tipos de razóns para apoiar esta conclusión:

- a) Unha interpretación sistemática obriga a considerar que o artigo 116.1 expón a regra xeral (contra os actos que poñan fin á vía administrativa, que son os enumerados no artigo 109, cabe o recurso potestativo de reposición); mentres que o artigo 115.3 recolle a excepción a tal regra (contra a resolución do recurso de alzada, que é un dos actos que pon fin á vía administrativa, non cabe ningún outro recurso administrativo salvo, de ser o caso, o extraordinario de revisión). Outra interpretación deixaría baleiro de contido o recollido neste 115.3 e, ademais, así o corrobora a excepción que o devandito precepto establece (“...salvo o recurso extraordinario de revisión...”), pois o recurso de revisión só cabe contra os actos firmes en vía administrativa (art. 118.1).
- b) Á mesma conclusión se chega mediante unha interpretación teleolóxica. A finalidade perseguida polo recurso potestativo de reposición é permitirlle á Administración a reconsideración dos seus criterios en vía administrativa. Na xeneralidade dos actos que poñen fin á vía administrativa que enumera o artigo 109, esa reconsideración do asunto pola propia Administración non sería viable –salvo pola vía excepcional do recurso extraordinario de revisión e da revisión de oficio– se non fose a través deste recurso potestativo de reposición; pero iso non é así nos casos do artigo 109.a) (as resolucións dos recursos de alzada), nos que a Administración xa puido realizar en dúas ocasións a valoración dos aspectos fácticos e xurídicos da súa actuación, en primeiro lugar, ao ditar o acto administrativo finalizador do procedemento e, en segundo lugar, ao resolver o recurso de alzada.

Finalmente, no plano procedemental, hai que dicir que a presentación do recurso debe realizarse ante o mesmo órgano que ditou o acto recorrido que será, ademais, o encargado de resolver o recurso de reposición. A resolución que dite este órgano pode ser expresa ou presunta e fronte a ela non poderá interpoñerse de novo o dito recurso, segundo establece o artigo 117.3 da lei.

**REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

- Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 2.<sup>a</sup>), do 11 de marzo de 2002, recurso de casación núm. 9279/1996.
- Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 2.<sup>a</sup>), do 26 de marzo de 1998, recurso de apelación núm. 1609/1992.
- Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 5.<sup>a</sup>), do 25 de febreiro de 2011, recurso de casación núm. 470/2007.
- Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 3.<sup>a</sup>), do 12 de novembro do 2010, recurso de casación núm. 4594/2006. Cita no texto: STS do 12 de novembro de 2010.
- Aguilar Ros, R. (1999). “Comentarios a los artículos 107 a 119 de la Ley 4/1999, de 13 de enero”, en J. L. Piñar Mañas, *La reforma del procedimiento administrativo (Comentarios a la Ley 4/1999, de 13 de enero)*. Ed. Dykinson.
- De Asís Roig, Agustín. “Los recursos administrativos de reposición y alzada”, *Documentación Administrativa*, núm. 254-255, maio-decembro 1999.
- López Menudo, Francisco (1999). “Los recursos de reposición y alzada en la modificada Ley 30/1992. Conexión entre ambos”. XV Jornadas Nacionales de Derecho y Tráfico. Granada: Dirección Xeral de Tráfico.
- Sarmiento Acosta, Manuel J. (1996). *Los recursos administrativos en el marco de la justicia* (primeira edición). Madrid: Editorial Civitas.

**Artigo 124. Prazos**

1. O prazo para a interposición do recurso de reposición será dun mes, se o acto for expreso. Transcorrido este prazo, unicamente se poderá interpoñer recurso contencioso administrativo, sen prexuízo, se for o caso, da procedencia do recurso extraordinario de revisión.

Se o acto non for expreso, o solicitante e outros posibles interesados poderán interpoñer recurso de reposición en calquera momento a partir

*do día seguinte a aquel en que, de acordo coa súa normativa específica, se produza o acto presunto.*

*2. O prazo máximo para ditar e notificar a resolución do recurso será dun mes.*

*3. Contra a resolución dun recurso de reposición non se poderá interpor de novo este recurso.*

### **COMENTARIO:**

Este artigo mantén practicamente o mesmo contido ca o texto do anterior artigo 117 da Lei 30/1992, modificado pola Lei 4/1999, a única novidade que contén é a do tempo de presentación do recurso de reposición no caso de que a resolución da Administración á que se reclama non fose expresa. Salvo neste punto concreto, o texto non presenta demasiados problemas interpretativos.

Regúlanse neste precepto os prazos para interpoñer o recurso postestativo de reposición, que son distintos segundo se recorra contra un acto expreso ou un acto presunto.

Por un lado, se se trata dun acto expreso, poderase interpoñer no prazo dun mes, que se contará desde o día seguinte ao aquel en que se notificou ou publicou o acto do que trae causa o recurso. Para os prazos sinalados por meses, non existe ningunha dúbida respecto do día de inicio do cómputo, ademais a propia lei aclárao: “a partir do día seguinte”. Non obstante, respecto da fixación do *dies ad quem* (día de finalización do cómputo) a solución é mais complexa.

Como recolle o Consello de Estado no seu ditame sobre o anteproxecto da lei que comentamos, aínda que o cómputo do prazo comeza no día seguinte ao da notificación, este expira no día equivalente a aquel en que tivo lugar a notificación. Cita en apoio do seu argumento diversas sentenzas do Tribunal Supremo, entre outras a do 8 de maio de 2009, cando sinala que “é moi reiterada a doutrina desta sala sobre os prazos sinalados por meses que se computan de data a data, o cómputo do prazo iníciase ao día seguinte da notificación ou publicación do acto, pero a do vencemento é a do día correlativo mensual ao da notificación”. Ademais sinala o Consello de Estado

que esta interpretación foi avalada polo Tribunal Constitucional na súa Sentenza 209/2013, do 16 decembro, cando declara que “establecido que o *dies a quo* é o seguinte ao da notificación, se levase o *dies ad quem* ao día equivalente do mes seguinte, se lle daría ao administrado máis tempo do que marca a lei” (Ditame 275/2015).

Transcorrido o prazo establecido para interpoñer o recurso de reposición, non caberá establecer ningún outro recurso en vía administrativa, de non ser o recurso extraordinario de revisión, excepción esta que vén determinada precisamente polo carácter extraordinario deste último ao examinarse nel taxados motivos non alegados anteriormente ante a Administración.

Por outro lado, se contra o que se recorre é un acto presunto, en virtude de silencio administrativo, a persoa interesada pode interpoñer o recurso “en calquera momento”, a partir do día seguinte a aquel no que se producise o acto presunto.

A expresión “en calquera momento” que sinala a actual lei fronte ao anterior prazo de tres meses que tiña establecidos a Lei 30/1992 e que, como dicíamos, é a única novidade do novo texto, resulta moi significativa, e é que, sen dúbida, recolle a xurisprudencia do Tribunal Constitucional en relación co silencio administrativo negativo cando di que esta figura “... é simplemente unha ficción legal que responde á finalidade de que o administrado poida acceder á vía xudicial superando os efectos de inactividade da Administración; declarouse que, fronte ás desestimacións por silencio, o cidadán non pode estar obrigado a recorrer sempre e, en todo caso, so pretexto de converter a súa inactividade en consentimento do acto presunto, imponéndolle un deber de dilixencia que, con todo, non lle é esixible á Administración no cumprimento do seu deber legal de ditar resolución expresa en todos os procedementos. Baixo estas premisas, este tribunal concluíu que deducir dese comportamento pasivo do interesado o seu consentimento co contido dun acto administrativo presunto, en realidade nunca producido, supón unha interpretación que non pode cualificarse de razoable –e menos aínda, de acordo co principio *pro actione* máis favorable á efectividade do dereito fundamental do artigo 24.1 CE– ao primar inxustificadamente a inacti-

vidade da Administración, colocándoa en mellor situación que se cumprise co seu deber de ditar e notificar a correspondente resolución expresa” (STC do 23 de xuño de 2008).

En definitiva, o tribunal entende que no suposto de silencio negativo non existe prazo para recorrer, xa que este caso é equiparable ao dunha notificación defectuosa e ademais a Administración non se debería beneficiar nunca da súa propia pasividade.

A lei establece un prazo máximo dun mes para que a Administración dite e lle notifique a resolución do recurso de reposición á persoa interesada. Convén observar a este respecto que o dito prazo computa desde que o recurso ten entrada no órgano que debe resolver o recurso e non en calquera outra das oficinas ou rexistros que a lei sinala como válidos receptores dos escritos dirixidos á Administración.

Este prazo é, naturalmente, ampliable nos supostos taxados establecidos no artigo 23 da lei e sempre de forma motivada. En todo caso, o tempo de ampliación non pode ser superior “ao establecido para a tramitación do procedemento”, neste caso o dun mes que o artigo sinala como prazo para resolver.

Se transcorrese o dito prazo sen que a persoa interesada recibise a notificación da Administración coa resolución do recurso, este debe entenderse desestimado por silencio administrativo e quedará, polo tanto, expedita a vía contencioso-administrativa, que se poderá instar, conforme o artigo 46 da Lei xurisdiccional, no prazo de seis meses, que se contará desde o día seguinte a aquel en que se entenda que se produciu o silencio, ou no prazo de dous meses, que se contará desde a notificación ou publicación do acto se a Administración resolvese expresamente.

Finalmente, hai que sinalar que o artigo prevé que, contra a resolución expresa ou a denegación presunta do recurso potestativo de reposición, non caberá interpoñer de novo o dito recurso, precepto este que é de tal lóxica que incluso resulta superfluo pois, se a Administración, tendo a posibilidade de rectificar nunha primeira ocasión, non o fai, non vai facelo posteriormente por mera insistencia baixo os mesmos presupostos fácticos e xurídicos.



**REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

- Tribunal Constitucional. Sentenza núm.72/2008, do 23 xuño. Cita no texto: STC do 23 de xuño de 2008.
- Sentenza núm. 209/2013 do Tribunal Constitucional, do 16 de decembro.
- Sentenza núm. 204/1987 do Tribunal Constitucional, do 21 de decembro.
- Sentenza núm. 14/2006 do Tribunal Constitucional, do 16 de xaneiro.
- Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 3.<sup>a</sup>), do 19 de novembro do 2014, recurso de casación núm. 4626/2011.
- Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 6.<sup>a</sup>), do 21 de xuño do 1997, recurso de apelación núm. 7336/1992.
- Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 2.<sup>a</sup>), do 27 de setembro do 1997, recurso de apelación núm. 9964/1991.
- Aguilar Ros, R. (1999). “Comentarios a los artículos 107 a 119 de la Ley 4/1999, de 13 de enero”, en J. L. Piñar Mañas, *La reforma del procedimiento administrativo (Comentarios a la Ley 4/1999, de 13 de enero)*. Ed. Dykinson.
- García-Trevijano Garnica, Ernesto (2001). *El recurso administrativo extraordinario de revisión* (segunda edición). Editorial Civitas.
- Sarmiento Acosta, Manuel J. (1996). *Los recursos administrativos en el marco de la justicia administrativa* (primeira edición). Madrid: Editorial Civitas.

**SECCIÓN 4.<sup>a</sup>****Recurso extraordinario de revisión****Artigo 125. Obxecto e prazos**

1. *Contra os actos firmes en vía administrativa poderá interporse o recurso extraordinario de revisión ante o órgano administrativo que os di-*

*tou, que tamén será o competente para a súa resolución, cando concorra algunha das circunstancias seguintes:*

- a) Que ao ditalos se incorrese en erro de feito que resulte dos propios documentos incorporados ao expediente.*
- b) Que aparezan documentos de valor esencial para a resolución do asunto que, aínda que sexan posteriores, evidencien o erro da resolución impugnada.*
- c) Que na resolución influísen esencialmente documentos ou testemuños declarados falsos por sentenza xudicial firme, anterior ou posterior a aquela resolución.*
- d) Que a resolución se ditase como consecuencia de prevaricación, suborno, violencia, maquinación fraudulenta ou outra conduta punible e se declarase así en virtude de sentenza xudicial firme.*

*2. O recurso extraordinario de revisión interporase, cando se trate da causa a) do número anterior, dentro do prazo dos catro anos seguintes á data da notificación da resolución impugnada. Nos demais casos, o prazo será de tres meses contados desde o coñecemento dos documentos ou desde que a sentenza xudicial se fixo firme.*

*3. O establecido no presente artigo non prexudica o dereito dos interesados a formular a solicitude e a instancia a que se refiren os artigos 106 e 109.2 da presente lei nin o seu dereito a que aquelas se tramiten e resolvan.*

## **COMENTARIO:**

O recurso de revisión é un medio impugnatorio singular, de aí que se defina polo seu carácter extraordinario, nota diferencial esta que trae a súa causa de dúas razóns fundamentais:

Por un lado, o recurso de revisión vai dirixido contra actos administrativos firmes, fronte aos que, polo tanto, non cabe establecer ningún outro recurso administrativo ordinario.

Por outro, procede exclusivamente nunha serie de supostos taxados que, en todo caso, deben ser obxecto de interpretación estrita para evitar desnaturalizalo e convertelo nunha vía ordinaria

de impugnación dos actos administrativos firmes. Deste modo o ten declarado o Consello de Estado ao sinalar que o recurso de revisión se axustará taxativamente aos motivos establecidos no artigo 118.1 da Lei 30/1992 (hoxe 125), estritamente interpretado, como corresponde á natureza extraordinaria do recurso en cuestión.

No mesmo sentido, o Tribunal Supremo ten subliñado o seu carácter excepcional e, polo tanto, de interpretación estrita. Ademais, a necesaria motivación en supostos taxados impide, á marxe destes, examinar outro tipo de cuestións que deberon invocarse na vía de recurso ordinario.

De aí que resulta ineludible que o recorrente invoque no seu escrito de interposición a causa ou causas concretas das taxadas pola lei que fundamentan a súa petición. E ata tal punto é esencial a explicitación dun fundamento específico por parte do interesado que a súa ausencia pode implicar incluso a inadmisibilidade do recurso.

Resultan lexitimadas para interpoñer o recurso as persoas interesadas no expediente do que se trate, o que nos remite directamente á regulación contida no artigo 4 da propia lei, onde se especifica que debe entenderse por tales.

O órgano competente para resolver o recurso é o mesmo que ditou o acto recorrido, que non se limita, pois, a tramitalo unha vez presentado, senón que asemade é quen debe resolvelo.

Pode xurdir algunha dúbida sobre quen é o órgano competente para resolver cando contra o acto orixinario desestimatorio se interpón un recurso dealzada ante o superior xerárquico e este dita tamén unha resolución desestimatoria. Consideramos a este respecto que, claramente, o órgano competente para resolver neste caso é o superior xerárquico daquel que ditara a resolución primitiva desestimatoria, pois é, en definitiva, o que en última instancia decide sobre o expediente e aquel, polo tanto, cuxa resolución lle pon fin á vía administrativa.

No tocante ao ámbito da delimitación da competencia para resolver e, concretamente, da extensión do ámbito material do pronunciamiento, hai que ter en conta tamén que o órgano que coñece do recurso non só debe examinar a posible concorrencia dalgunha ou

dalgunhas das taxadas circunstancias que establece a lei, senón que, ademais, unha vez verificada a súa presenza e, polo tanto estimado o recurso, debe resolver sobre o fondo do asunto que o expediente presenta e deberá realizalo xa en presenza dos novos documentos non considerados na resolución orixinaria ou na resolución do posterior recurso xerárquico.

Congruentemente co anterior, a resolución que finalmente se dite debe diferenciar formalmente a declaración rescindente e a rescisoria, por canto que a primeira ten por fin declarar a admisibilidade e estimación da revisión e a rescisoria afecta a cuestión de fondo, é dicir, á resolución das pretensións iniciais formuladas pola persoa interesada.

Todo iso implica que, unha vez que se declara a procedencia da revisión, non resulta necesario para resolver sobre o fondo retrotraer o expediente ao momento no que se cometese o erro, solución esta que podería resultar lóxica, mais que, non obstante, debe ceder en favor de principios superiores tales como o de unidade de acto ou o de economía procedemental.

Son catro as circunstancias nas que, fundadamente, pode basearse o recurso extraordinario de revisión e que prevé a lei. Non obstante, a experiencia dá conta de que, na gran maioría dos casos, o recurso se presenta con base nos dous primeiros motivos: o referido ao erro de feito e aos documentos de valor esencial descoñecidos ao ditar a resolución, que son, por outra parte, os que maiores dúbidas interpretativas presentan, pois os outros dous casos atenden a circunstancias tan obxectivas como son as relativas a determinadas condutas delituosas declaradas como tales mediante sentenza xudicial firme.

A circunstancia primeira, a do apartado a), referida aos actos “que ao ditalos se incorrese en erro de feito que resulte dos propios documentos incorporados ao expediente”, foi interpretada tanto pola xurisprudencia como pola doutrina do Consello de Estado como a referida a aqueles supostos consistentes nun extremo puramente fáctico, que resulte constatable sen necesidade de recorrer a interpretación xurídica ningunha. É dicir, o erro de feito debe ser indiscutible, evidente e manifesto con realidade independente de calquera criterio

de interpretación xurídica e apreciable, sen máis, dos meros datos contidos no propio expediente administrativo.

Consecuentemente, cuestións de índole xurídica, como podería ser a interpretación de normas, non poden constituír o fundamento dun recurso extraordinario de revisión ao abeiro da circunstancia primeira deste artigo.

Matizadamente, o Tribunal Supremo puxo de manifesto que o erro de feito debe versar sobre “un feito, cousa ou suceso, é dicir, algo que se refire a unha realidade independente de toda opinión, criterio particular ou cualificación, debendo ser excluído o relativo a cuestións xurídicas, apreciación da transcendencia ou alcance dos feitos indubitados, valoración de probas e interpretación das disposicións legais e cualificacións que poidan establecerse” (entre outras, STS do 29 de abril de 1993).

A esixencia de que os documentos que conteñen o erro estean “incorporados ao expediente” no momento no que se ditou a resolución obxecto do recurso exclúe de entrada, como documentos idóneos para os efectos do recurso, aqueles documentos que achega o interesado co seu recurso de revisión ou que incorpore el ou a Administración con posterioridade á conclusión do expediente mesmo que deu lugar ao acto impugnado (STS do 25 de xuño de 1966).

Finalmente, debe entenderse que o erro debe ser imputable á Administración autora do acto contra o que se recorre e en ningún caso ao interesado recorrente, quen, polo tanto, debe asumir as consecuencias dos seus propios erros. Así o dá a entender, por outra parte, a propia lei coa expresión “que ao ditalos se incorrese en erro de feito”, en alusión ao órgano administrativo que ditou o acto.

A circunstancia segunda do apartado b) que alude á circunstancia na que “aparezan documentos de valor esencial para a resolución do asunto que, aínda que sexan posteriores, evidencien o erro da resolución impugnada” debe estar referida, segundo interpreta o Consello de Estado, a aqueles documentos dos que se aprecie de tal modo o seu valor que, de existiren, apareceren ou constaren no momento de ditarse a resolución contra a que se recorre, poida concluírse ra-

zoablemente que os ditos documentos variasen substancialmente o sentido da dita resolución (Ditame 1662/1996).

A reforma da Lei 30/1992 realizada pola Lei 4/1999 suprimiu a expresión que “se acheguen” en relación cos documentos de valor esencial pola de “aparezan”, que mantén o vixente texto. O sentido da modificación parece ser o de evitar que o interesado poida, á súa comenencia, achegar documentos ao expediente, incluso coñecéndoo, unha vez ditada a resolución. O cambio dun termo por outro trata de centrar a relevancia dos documentos no descoñecemento previo destes por parte da persoa interesada.

Os documentos poden ser coetáneos á visualización do expediente, descoñecidos, calquera que fose a razón, mais en todo caso requírese a imposibilidade de ter acceso a eles. Incluso poden ser posteriores á resolución do expediente, é dicir, que poderían non existir no momento de ditarse a resolución impugnada. En definitiva, o transcendente neste suposto, vendo a amplitude con que a lei trata esta circunstancia, non é tanto o tempo de coñecemento dos documentos como que, unha vez contrastados e evidenciado o seu carácter esencial, poñan claramente de manifesto que se incorreu nun erro ao ditar a resolución.

É moi importante, por outra parte, sinalar que, a diferenza do suposto previsto no apartado a), referido ao “erro de feito”, o do apartado b) que examinamos se refire unicamente ao “erro”, desvinculado da expresión “de feito”. Iso ten relevantes consecuencias e é que, en efecto, tanto a xurisprudencia como a doutrina interpretan que o erro ao que alude a circunstancia segunda do artigo 125.1 da lei non se limita ao estrito erro de feito, pode dar cabida tamén ao erro de dereito ou erro xurídico, aínda que este entendido dun modo limitado.

Así, delimítase negativamente o erro de dereito sinalando que este non ampara a mera discrepancia ou incluso a equivocación na interpretación e aplicación do ordenamento xurídico. Só pode entenderse deste xeito por erro de dereito aquel que se produce de modo patente e indubidable, como cando unha resolución administrativa aplica normas inexistentes ou caducas, ou interpreta deter-

minados preceptos nun sentido que, de maneira aberta e palmaria, é contrario á legalidade (entre outros, os ditames do Consello de Estado 4226/1998 ou o 979/2013).

Por outro lado, no que se refire ás circunstancias reguladas nos apartados c) e d) da lei, como dicíamos ao inicio, non presentan demasiadas cuestións interpretativas ao atender a causas tan obxectivas como son determinadas condutas delituosas declaradas como tales mediante sentenza xudicial firme, que se deben dar para proceder á revisión do acto, claro está, baixo a premisa de que tales condutas, así declaradas, condicionasen, determinantemente, a resolución que é obxecto do recurso.

Regula tamén este artigo os prazos para interpoñer o recurso de revisión. Da lectura do texto pode observarse que existe un diferente tratamento segundo se trate da causa primeira ou das demais causas, diferenza que se xustifica nas propias circunstancias que concorren nun e nos outros supostos. En efecto, sinálase o prazo de catro anos, seguintes á data da notificación da resolución impugnada, se se trata da causa do apartado a), do erro de feito resultante dos documentos incluídos no expediente, e de tres meses, contados desde o coñecemento dos documentos ou desde que a sentenza xudicial se fixo firme, nos demais casos.

A admisión do erro de dereito como motivo do recurso extraordinario de revisión e incluso a similitude dalgún dos supostos que se prevén cos doutras vías revisoras fai que a miúdo se puxese en cuestión a propia existencia do recurso. A lei parece resolver este conflito sinalando que a regulación que establece do recurso extraordinario de revisión non prexudica o dereito dos interesados a instar calquera outra fórmula revisora das previstas nos artigos 106 e 109.2 da propia lei nin o seu dereito a que estas se tramiten e resolvan.

#### **REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 2.<sup>a</sup>), do 26 de abril do 2004, recurso de casación núm. 1395/1999.

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 5.<sup>a</sup>), do 16 de febreiro do 2005, recurso de casación núm. 1093/2002.

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 4.<sup>a</sup>), do 7 de xuño do 2005, recurso de casación núm. 2018/2003.

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 3.<sup>a</sup>), do 17 de outubro do 2006, recurso de casación núm. 488/2004.

Ditame 1666/1996 do Consello de Estado, do 23 de marzo de 1996.  
Cita no texto: Ditame 1662/1996.

Ditame 4226/1998 do Consello de Estado, do 12 de novembro de 1998. Cita no texto: Ditame 4226/1998.

Ditame 979/2013 do Consello de Estado, do 16 de xaneiro de 2014.  
Cita no texto: Ditame 979/2013.

Ditame 296/1999 do Consello Consultivo de Galicia, do 10 de xaneiro de 2000.

Ditame 233/2001 do Consello Consultivo de Galicia, do 18 de xuño de 2001.

Aguilar Ros, R. (1999): “Comentarios a los artículos 107 a 119 de la Ley 4/1999, de 13 de enero”, en J. L. Piñar Mañas, *La reforma del derecho administrativo (Comentarios a la Ley 4/1999, de 13 de enero)*. Ed. Dykinson.

García-Trevijano Garnica, Ernesto (2001). *El recurso administrativo extraordinario de revisión* (segunda edición). Editorial Civitas.

Nieto Guerrero-Lozano (1998). *El recurso extraordinario de revisión*. Universidade de Extremadura. Madrid: Marcial Pons.

Sarmiento Acosta, M. J. (1996). *Los recursos administrativos en el marco de la justicia administrativa*. Madrid: Editorial Civitas.

## Artigo 126. Resolución

1. O órgano competente para a resolución do recurso poderá acordar motivadamente a inadmisión a trámite, sen necesidade de pedir ditame do Consello de Estado ou órgano consultivo da Comunidade Autónoma, cando o recurso non se funde nalgunha das causas previstas no número



*1 do artigo anterior ou no suposto de que se desestimasen canto ao fondo outros recursos substancialmente iguais.*

*2. O órgano a que corresponde coñecer do recurso extraordinario de revisión débese pronunciar non só sobre a procedencia do recurso senón tamén, se for o caso, sobre o fondo da cuestión resolta polo acto impugnado.*

*3. Transcorrido o prazo de tres meses desde a interposición do recurso extraordinario de revisión sen se ter ditado e notificado a resolución, entenderase desestimado e ficará expedita a vía xurisdiccional contencioso-administrativa.*

#### **COMENTARIO:**

Recolle este artigo no seu apartado un unha formulación case idéntica á do artigo 106.3, relativo á revisión de disposicións e actos nulos. Por outro lado, a presente redacción en nada altera a contida no anterior texto da Lei 30/1992.

Esta figura, bastante común no noso dereito, non está, non obstante, exenta de cuestionamento. E é que, baseada esencialmente en razóns de economía procedemental que aconsellan frustrar o procedemento ante a aparencia de inadecuación do escrito e condicionada polo dereito á tutela xudicial efectiva en canto principio fundamental de dereito, estendido ao ámbito do procedemento administrativo, se argumenta na súa contra que, dadas as marxes de apreciación das que a Administración dispón e en ausencia dun criterio minimamente xuízoso por parte de quen resolve, esta fórmula implica en certos casos a negación de xustiza a quen, cunha análise máis rigorosa e contrastada da súa pretensión, podería encontrar amparo xurídico. Xustificada ou non a crítica, o certo é que, como logo veremos, a lei toma certas cautelas para evitar converter en arbitraria a decisión da Administración nestes casos.

No texto de referencia, a lei autoriza o órgano que ten que resolver o recurso para que, de forma en todo caso motivada e sen a necesidade de acudir ao superior órgano consultivo (Consello Consultivo no caso de Galicia), poida acordar a inadmisión a trámite do recurso

en dous supostos concretos: o primeiro cando o recurso non se funde nalgunha das causas taxadas pola lei, e o segundo, no suposto de que se desestimasesen en canto ao fondo outros recursos substancialmente iguais. En definitiva, pois, ambas son causas que permiten prescindir de inicio (*a limine*) e sen entrar a coñecer do fondo do asunto, do procedemento de revisión instado pola persoa interesada.

No que se refire ao primeiro dos supostos citados, o Consello Consultivo de Galicia –o Consello de Estado en parecidos termos– tense pronunciado en moitas ocasións subliñando que o recurso de revisión, como medio de impugnación extraordinario que é, precisa ineludiblemente establecer como condición legal (*conditio iuris*) da súa admisibilidade a invocación dunha das causas taxadas pola lei na medida en que, sendo extraordinario e precisamente baixo esa cualificación singular, é de todo punto necesaria a concreción ou explicitación dun fundamento específico lexitimador para non provocar que queden na vía administrativa expedientes ordinarios que xa teñen esgotada esa vía e deberían, en boa técnica, acceder, en condicións normais, á vía xurisdiccional contencioso-administrativa.

En consecuencia, considera o órgano consultivo galego que, en todo caso, o recorrente debe asumir a carga procedemental de invocar, no escrito de interposición, a causa ou causas concretas das sinaladas pola lei que concorren no caso e que xustifican a utilización deste medio impugnatorio extraordinario. A dita mención resulta de tal modo esencial que a súa ausencia pode determinar a inadmisibilidade do recurso (entre outros, Ditame 912/2003).

Pois ben, nesa liña argumental o teor do artigo que comentamos non presenta demasiados problemas interpretativos xa que, se de modo expreso a persoa interesada non alude a ningún dos supostos referidos, ou aludindo explicitamente a algún deles, a liña argumental que o acompaña non garda en absoluto relación cos ditos supostos, o órgano resolutorio deberá, sen mais, inadmitir o escrito. Agora ben, o enunciado do texto admite certas matizacións. E é que dentro das marxes de apreciación que permite o texto do artigo poden entrar aqueles supostos nos que aínda en ausencia de invocación expresa por parte do recorrente a algunha das causas nas que se pode

fundar o recurso, ou de modo máis xenérico, cando o fundamento do recurso non se mostra cos caracteres que lle son típicos, cábelles ao órgano resolutorio a facultade de indagar sobre a verdadeira natureza do escrito presentado. Así, se do exame das argumentacións expostas polo recorrente se alcanzase racionalmente a inferir o verdadeiro carácter do escrito, poderase admitir o recurso. Tal fórmula interpretativa é conforme cun ben entendido principio antiformalista ou *pro actione*, que permite superar certas deficiencias formais, primando en todo caso o dereito do actor ao recurso.

O segundo suposto dos establecidos neste artigo refírese a aqueles casos nos que o órgano resolutorio tivese desestimado en canto ao fondo outras solicitudes substancialmente iguais, suposto este no que a lei entende que non ten xustificación seguir coa tramitación do expediente cando a resolución vai ser idéntica á de solicitudes similares. Estes supostos deben pasar, non obstante, por un proceso reflexivo no que a maior dificultade reside en atinar á hora de atopar completa identidade de razón entre o suposto examinado e os resoltos con anterioridade.

Debe advertirse que, en ambos os casos, a decisión de inadmisión debe ser motivada, o que na práctica lle impón ao órgano decisorio e aínda que non se resolverse sobre o fondo, unha certa valoración en profundidade da cuestión suscitada como causa de nulidade, o que de feito evita decisións inxustificadas ou arbitrarias. Por outra parte, polo feito de estar ante un acto de trámite pero cualificado –xa que impide a continuación do procedemento–, a decisión de inadmisión deberá ser, en todo caso, susceptible de impugnación.

No concernente ao segundo apartado do artigo que comentamos, imponse ao órgano resolutor un dobre pronunciamento, que comprende tanto a decisión sobre a procedencia do recurso de revisión como sobre o fondo do asunto mesmo, que deste modo debe ser novamente examinado sobre a base dos documentos ou circunstancias incorporados *ex novo* ao expediente.

Polo tanto, estimado o motivo da revisión, non será necesario retrotraer o procedemento ao momento no que se produciu o erro,

senón que nun único acto deben resolverse ambas as cuestións do expediente.

Deste modo, a resolución que finalmente se dite debe diferenciar formalmente desde o punto de vista resolutorio, a declaración rescindente e a rescisoria, xa que lle compete a aquela a declaración de admisibilidade e estimación da revisión e á rescisoria, a decisión sobre cuestión de fondo, é dicir, á resolución das pretensións iniciais formuladas pola persoa interesada.

Finalmente, o apartado terceiro do artigo establece que a resolución do recurso extraordinario de revisión debe producirse no prazo de tres meses desde a súa interposición. Logo de transcorrer o dito prazo, o recurso pode considerarse desestimado e quedará así expedita a vía contencioso-administrativa.

#### **REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 4.<sup>ª</sup>), do 9 de outubro do 2012, recurso de casación núm. 5048/2011.

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 2.<sup>ª</sup>), do 9 xuño do 2008, recurso de casación para unificación de doutrina núm. 122/2005.

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 4.<sup>ª</sup>), do 9 de outubro do 2007, recurso de casación núm. 9034/2003.

Ditame 912/2003 do Consello Consultivo de Galicia, do 30 de xaneiro de 2004. Cita no texto: Ditame 912/2013.

Ditame 298/1999 do Consello Consultivo de Galicia, do 10 de xaneiro de 2000.

Aguilar Ros, R. (1999): “Comentarios a los artículos 107 a 119 de la Ley 4/1999, de 13 de enero”, en J. L. Piñar Mañas, *La reforma del procedimiento administrativo (Comentarios a la Ley 4/1999, de 13 de enero)*. Ed. Dykinson.

García-Trevijano Garnica, Ernesto (2001). *El recurso administrativo extraordinario de revisión* (segunda edición). Editorial Civitas.

- Nieto Guerrero-Lozano (1998). El recurso extraordinario de revisión. Universidade de Estremadura. Madrid: Marcial Pons.
- Sarmiento Acosta, M. J. (1996). *Los recursos administrativos en el marco de la justicia administrativa*. Madrid: Civitas.



## TÍTULO VI

### Da iniciativa lexislativa e da potestade para ditar regulamentos e outras disposicións

#### **Artigo 127. *Iniciativa lexislativa e potestade para ditar normas con rango de lei***

*O Goberno da Nación exercerá a iniciativa lexislativa prevista na Constitución mediante a elaboración e aprobación dos anteproxectos de lei e a ulterior remisión dos proxectos de lei ás Cortes Xerais.*

*A iniciativa lexislativa será exercida polos órganos de goberno das comunidades autónomas nos termos establecidos pola Constitución e os seus respectivos estatutos de autonomía.*

*Así mesmo, o Goberno da Nación poderá aprobar reais decretos leis e reais decretos lexislativos nos termos previstos na Constitución. Os respectivos órganos de goberno das comunidades autónomas poderán aprobar normas equivalentes a aquelas no seu ámbito territorial, de conformidade co establecido na Constitución e nos seus respectivos estatutos de autonomía.*

#### **COMENTARIO:**

Unha das novidades introducidas pola lei, tal e como se adiantou no comentario ao artigo 1, estriba en recoller na norma reguladora do procedemento administrativo común, disposicións relativas ao exercicio da iniciativa lexislativa e da potestade para ditar regulamentos e normas con rango de lei. Agora ben, atopámonos ante unha materia na que, aínda que existe unha innegable vertente procedemental (integrada polas tarefas administrativas de preparación e tramitación dos correspondentes proxectos normativos), constitúe, ante todo, a manifestación de funcións atribuídas ao goberno, polo que a súa regulación semella ter a súa localización natural na lei específica reguladora deste (sexa do goberno estatal ou dos go-

bernos autonómicos). De feito, a pesar da epígrafe do título VI, a regulación que finalmente recolle a lei é parcial e bastante parca, o que esixirá, na práctica, ter en conta o indicado noutras disposicións normativas.

Respecto do concreto precepto que se comenta, cabe salientar o seu carácter superfluo por canto se limita a conter un recordatorio de previsións constitucionais e estatutarias relativas ás potestades do Goberno da Nación e dos órganos de goberno autonómicos en materia de iniciativa legislativa e de aprobación de normas con rango de lei.

No primeiro parágrafo alúdese ao exercicio da iniciativa legislativa polo Goberno da Nación, cunha breve referencia a que nos atopamos ante unha función constitucionalmente recoñecida (artigo 87.1 da Constitución española) que se plasma na elaboración do correspondente anteproxecto de lei e na súa aprobación polo Consello de Ministros (artigo 88 da Constitución española). O texto, unha vez aprobado, e xa baixo a denominación de proxecto de lei, deberá ser sometido ao Congreso, acompañado dunha exposición de motivos e dos antecedentes necesarios para pronunciarse sobre el (artigo 88 da Constitución española). Polo demais, a regulación concreta do procedemento de elaboración de anteproxectos de lei, no ámbito estatal, segue incluíndose na Lei 50/1997, do 27 de novembro, do Goberno (título V, ao que dá nova redacción a disposición derradeira terceira da Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público, en diante LRXSP), limitándose a Lei 39/2015, do 1 de outubro, do procedemento administrativo común das administracións públicas (en diante, LPACAP) a recoller uns principios e regras xerais, que son obxecto de estudo no comentario a outros preceptos do título VI.

O parágrafo segundo refírese á iniciativa legislativa dos órganos de goberno autonómicos, limitándose a efectuar unha remisión á Constitución e aos respectivos estatutos de autonomía. Cómpre clarexar que o precepto non recolle a iniciativa legislativa que o artigo 87.2 da Constitución española lles recoñece ás asembleas das comunidades autónomas para solicitar do Goberno da nación a adopción



dun proxecto de lei ou remitir á Mesa do Congreso unha proposición de lei, senón a que corresponde aos gobernos autonómicos para presentar proxectos de lei aos seus respectivos parlamentos. Tal iniciativa lexislativa é inherente á autonomía política constitucionalmente recoñecida ás comunidades autónomas para a xestión dos seus respectivos intereses (artigo 137 da Constitución española). Neste sentido, o Consello de Estado, no Ditame núm. 275/2015, do 29 de abril, sobre o anteproxecto de lei, vincula a iniciativa lexislativa dos gobernos autonómicos coa autonomía política na vertente de autonomía xurídica, considerada como “facultade de organizarse xuridicamente mediante a creación dun dereito propio dentro do marco constitucional”.

No caso da Comunidade Autónoma de Galicia, o Estatuto de autonomía recoñece a iniciativa lexislativa da Xunta de Galicia no artigo 13.1, o que se reitera no artigo 1 da Lei 1/1983, do 22 de febreiro, de normas reguladoras da Xunta e da súa Presidencia. Agora ben, non existe unha norma autonómica que, de xeito completo e integrado, regule o procedemento de elaboración de anteproxectos de lei, senón que é preciso ter en conta os trámites previstos en normas dispersas, dos que procede destacar os seguintes:

- Acordo de inicio (artigo 6.1 do Regulamento de réxime interior da Xunta de Galicia, aprobado polo Decreto 111/1984, do 25 de maio).
- Memoria xustificativa sobre a legalidade, acerto e oportunidade (artigo 6.1 do Regulamento de réxime interior da Xunta de Galicia) e sobre a adecuación da iniciativa aos principios previstos nos artigos 129 da LPACAP, e 37.a) da Lei 14/2013, do 26 de decembro, de racionalización do sector público autonómico. Sobre estes principios remitímonos ao comentario do artigo 129.
- Memoria económico-financeira (artigo 12 da Lei 15/2010, do 28 de decembro, de medidas fiscais e administrativas) axustada ao modelo previsto na Orde do 3 de marzo de 2011 pola que se establece o contido mínimo da memoria económico-financeira nos casos de iniciativas lexislativas ou de aprobación

de normas con rango regulamentario, plans ou programas de actuación.

- Táboa de vixencias de disposicións anteriores sobre a mesma materia, con consignación expresa das que han de quedar total ou parcialmente derogadas (artigo 6.3 do Regulamento de réxime interior da Xunta de Galicia).
- Participación cidadá (artigo 133 da LPACAP).
- Publicidade nos termos previstos no artigo 9.c) da Lei 1/2016, do 18 de xaneiro, de transparencia e bo goberno.
- Informe da dirección xeral competente en materia de orzamentos (artigo 12 da Lei 15/2010, do 28 de decembro, de medidas fiscais e administrativas).
- Informe sobre impacto de xénero (artigo 7 do texto refundido das disposicións legais da Comunidade Autónoma de Galicia en materia de igualdade, aprobado polo Decreto legislativo 2/2015, do 12 de febreiro).
- Informe da Asesoría Xurídica Xeral (artigo 8 do Regulamento de réxime interior da Xunta de Galicia; artigo 11.1.a) do Regulamento orgánico da Asesoría Xurídica da Xunta de Galicia, aprobado polo Decreto 343/2003, do 11 de xullo, e artigo 8.a) da recente Lei 4/2016, do 4 de abril, de ordenación da asistencia xurídica da Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia e do seu sector público).
- Sometemento á Comisión de Secretarios, logo da remisión do texto ás consellerías (artigo 8.1 do Regulamento de réxime interior da Xunta de Galicia).
- Elevación ao Consello da Xunta pola persoa titular da consellería (artigos 34.5 da Lei 1/1983, do 22 de febreiro, de normas reguladoras da Xunta e da súa Presidencia, e 5.1 do Regulamento de réxime interior da Xunta de Galicia).
- Aprobación polo Consello da Xunta (artigo 4.3 da Lei 1/1983, do 22 de febreiro, de normas reguladoras da Xunta e da súa Presidencia).

- Remisión ao Parlamento (artigo 26.9 da Lei 1/1983, do 22 de febreiro, de normas reguladoras da Xunta e da súa Presidencia).

Xunto a estes trámites será precisa a observancia, segundo a materia obxecto de regulación, dos trámites que poidan preverse en normas sectoriais. Pénsese, por exemplo, nos casos nos que sexa esixible o trámite de avaliación ambiental ou a emisión dun informe ou ditame por parte de órganos de participación ou consulta.

Para rematar, debe destacarse a necesidade de conservar no expediente “os ditames e as consultas evacuados, as observacións e emendas que se formulen e cantos datos e documentos teñan interese para coñecer o proceso de elaboración da mesma ou poidan facilitar a súa interpretación” (artigo 6.2 do Regulamento de réxime interior da Xunta de Galicia).

O parágrafo terceiro do artigo 127 refírese á potestade do executivo para ditar normas con rango de lei. No primeiro inciso alúdese á aprobación, polo Goberno central, de reais decretos leis e reais decretos lexislativos, con remisión á regulación prevista no texto constitucional (artigos 82 a 86 da Constitución española). Ao igual que se indicou en relación cos anteproxectos de lei, a regulación concreta do procedemento de elaboración destas normas non se recolle na LPACAP (que se limita a recoller uns principios e regras xerais), senón que segue incluíndose na Lei 50/1997, do 27 de novembro, do Goberno (título V).

Finalmente, o precepto fai referencia á posible aprobación, polos órganos de goberno autonómicos, de normas equivalentes aos reais decretos leis e reais decretos lexislativos estatais, con remisión ao establecido na Constitución e nos respectivos estatutos de autonomía. Respecto destes produtos normativos autonómicos procede salientar que, malia a Constitución non aludir expresamente a eles, tal imprevisión “non pode verse como unha prohibición senón como un espazo entregado á libre configuración do lexislador estatutario, a quen, ao ordenar as institucións da comunidade autónoma, lle caberá optar por unha separación máis ou menos rixida entre lexislativo e executivo” (STC 93/2015, do 14 de maio). O propio artigo 153.a)

da Constitución española, ao dispoñer que o control da actuación dos órganos autonómicos o exercerá o Tribunal Constitucional respecto “á constitucionalidade das súas disposicións normativas con forza de lei”, admite que entre as fontes normativas autonómicas con rango legal figuren categorías distintas á formal emanada do órgano legislativo. Agora ben, conforme a mesma doutrina constitucional, serán aplicables ás normas con rango de lei procedentes dos executivos autonómicos os límites constitucionalmente previstos respecto dos decretos leis e decretos legislativos estatais ao tratarse de “requisitos mínimos que aseguran a intanxibilidade do principio democrático” (STC 93/2015, do 14 de maio. No mesmo sentido, e respecto da aplicación dos límites dos decretos leis previstos no artigo 86.1 da Constitución española, cabe citar as posteriores SSTC 104/2015, do 28 de maio, e 230/2015, do 5 de novembro. A maior abastanza, e en relación cos límites no caso dos decretos legislativos, en concreto, respecto dos de aprobación de textos refundidos, pode consultarse o recente Ditame do Consello Consultivo de Galicia 66/2015, do 11 de febreiro, sobre o proxecto de decreto legislativo polo que se aproba o texto refundido das disposicións legais da Comunidade Autónoma de Galicia en materia de igualdade, e os ditames que nel se citan).

No caso da Comunidade Autónoma de Galicia, na actualidade está prevista a posible aprobación polo Consello da Xunta de decretos legislativos, logo da delegación expresa do Parlamento autonómico (artigo 4.4 da Lei 1/1983, do 22 de febreiro, de normas reguladoras da Xunta e da súa Presidencia), pero non de decretos leis, a diferenza do que acontece noutras comunidades autónomas. Respecto do procedemento de elaboración de tales textos normativos, debe advertirse da ausencia dunha regulación específica ao respecto (pois os artigos 53 a 57 da Lei 1/1983, do 22 de febreiro, de normas reguladoras da Xunta e da súa Presidencia, céntranse na regulación da delegación legislativa do Parlamento e no control sobre os decretos legislativos), existindo só a previsión, de maneira fragmentaria e dispersa, de determinados trámites que se pasan a enumerar, sen prexuízo de advertir de que, con carácter xeral, a falta dunha regulación completa do procedemento de elaboración determina a necesidade

de que a “tramitación do seu procedemento de elaboración ha de acomodarse aos principais trámites que deben configurar un procedemento de elaboración de normas” (Ditame do Consello Consultivo de Galicia núm. 66/2015, do 11 de febreiro, antes citado). Tendo en conta esta advertencia, procede citar os seguintes trámites:

- Memoria xustificativa sobre a adecuación da iniciativa aos principios previstos nos artigos 129 da LPACAP e 37.a) da Lei 14/2013, do 26 de decembro, de racionalización do sector público autonómico. Sobre estes principios remitímonos ao comentario do artigo 129.
- Memoria económico-financeira (artigo 12 da Lei 15/2010, do 28 de decembro, de medidas fiscais e administrativas) axustada ao modelo previsto na Orde do 3 de marzo de 2011, antes citada.
- Participación cidadá (artigo 133 da LPACAP) e publicidade (artigo 7 da Lei 9/2013).
- Informe da dirección xeral competente en materia de orzamentos (artigo 12 da Lei 15/2010, do 28 de decembro, de medidas fiscais e administrativas).
- Informe da Asesoría Xurídica Xeral (artigo 8.a) da Lei 4/2016, do 4 de abril, de ordenación da asistencia xurídica da Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia e do seu sector público).
- Ditame do Consello Consultivo de Galicia (artigo 12.b) da Lei 3/2014).
- Sometemento á Comisión de Secretarios, logo da remisión do texto ás consellerías (artigo 8.1 do Regulamento de réxime interior da Xunta de Galicia).
- Elevación ao Consello da Xunta pola persoa titular da consellería competente (artigo 5.1 do Regulamento de réxime interior da Xunta).
- Aprobación polo Consello da Xunta (artigo 4.4 da Lei 1/1983, do 22 de febreiro, de normas reguladoras da Xunta e da súa Presidencia).

Así mesmo, será preciso cumprir os trámites específicos que, segundo a materia obxecto de regulación, poidan preverse en normas sectoriais.

#### **REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Ditame 275/2015 do Consello de Estado, do 29 de abril de 2015, sobre o anteproxecto de lei do procedemento administrativo común das administracións públicas.

Sentenza 93/2015 do Tribunal Constitucional (Sala Primeira), do 14 de maio.

Sentenza 104/2015 do Tribunal Constitucional (Pleno), do 28 de maio.

Sentenza 230/2015 do Tribunal Constitucional (Pleno), do 5 de novembro.

Ditame 66/2015 do Consello Consultivo de Galicia, do 11 de febreiro, sobre o proxecto de decreto lexislativo polo que se aproba o texto refundido das disposicións legais da Comunidade Autónoma de Galicia en materia de igualdade.

Fortes González, A. I. (2016). “De la iniciativa legislativa y de la potestad reglamentaria. En especial la mejora regulatoria”, en *Instituciones de procedimiento administrativo común. Novedades de la Ley 39/2015*. Juruá.

### **Artigo 128. Potestade regulamentaria**

1. *O exercicio da potestade regulamentaria corresponde ao Goberno da Nación, aos órganos de goberno das comunidades autónomas, de conformidade co establecido nos seus respectivos estatutos, e aos órganos de goberno locais, de acordo co previsto na Constitución, os estatutos de autonomía e a Lei 7/1985, do 2 de abril, reguladora das bases do réxime local.*

2. *Os regulamentos e disposicións administrativas non poderán vulnerar a Constitución ou as leis nin regular aquelas materias que a Constitución ou os estatutos de autonomía recoñecen da competencia das Cortes Xerais ou das asembleas lexislativas das comunidades autónomas. Sen*

*prexuízo da súa función de desenvolvemento ou colaboración con respecto á lei, non poderán tipificar delitos, faltas ou infraccións administrativas, establecer penas ou sancións, así como tributos, exaccións parafiscais ou outras cargas ou prestacións persoais ou patrimoniais de carácter público.*

*3. As disposicións administrativas axustaranse á orde de xerarquía que establezan as leis. Ningunha disposición administrativa poderá vulnerar os preceptos doutra de rango superior.*

### **COMENTARIO:**

O regulamento pode definirse, seguindo o indicado no artigo 38.1 da Lei 16/2010, do 17 de decembro, de organización e funcionamento da Administración xeral e do sector público autonómico de Galicia (en diante, Lofaxga), como a disposición de carácter xeral de rango inferior á lei, ditada polos órganos que teñen especificamente atribuída a competencia para iso. Cabe así diferenciar o regulamento do acto administrativo, sendo o criterio básico de diferenciación o “ordinamental”, isto é, mentres que o regulamento é unha norma xurídica integradora do ordenamento xurídico e innovadora deste, destinada a regular de modo permanente determinadas situacións ou os efectos de certos actos, e obedece ao principio de “non consunción”, o acto administrativo reviste un carácter ordenado, prodúcese no seo do ordenamento xurídico como simple aplicación del, e esgótase na súa aplicación (neste sentido, entre outras, STS do 15 de setembro de 1995, ou a máis recente STS do 4 de xullo de 2012).

Partindo do anterior concepto, o número 1 do precepto refírese á titularidade da potestade regulamentaria aínda que non o fai de maneira esgotadora, senón que só alude aos titulares da denominada potestade regulamentaria orixinaria.

Así, polo que respecta ao Goberno central, o artigo 97 da Constitución española atribúelle a este “a potestade regulamentaria de acordo coa Constitución e as leis” e, no que atinxe á potestade regulamentaria autonómica, esta aparece tanxencialmente recoñecida no artigo 153.c) da Constitución española (ao atribuírlle á xurisdición contencioso-administrativa o control das normas regulamentarias dos órganos da Administración autonómica), e recóllese de xei-

to expreso nos diferentes estatutos de autonomía. No caso concreto da Comunidade Autónoma de Galicia, o artigo 37.2 do Estatuto de autonomía reconece expresamente a potestade regulamentaria da Xunta de Galicia (e no mesmo sentido se pronuncian os artigos 1 da Lei 1/1983, do 22 de febreiro, de normas reguladoras da Xunta e da súa Presidencia e 37.1 da Lofaxga).

Agora ben, dentro da Administración, tanto estatal como autonómica, os respectivos órganos colexiados de goberno non son os titulares exclusivos da potestade regulamentaria, senón que, xunto a esta potestade regulamentaria, cualificada de orixinaria en tanto prevista na Constitución e nos respectivos estatutos de autonomía, coexisten outras distintas e derivadas das leis. A elas alude tamén a lei, aínda que nun precepto distinto: no número 4 do artigo 129. Sen prexuízo do estudo que se realiza no comentario do dito precepto, procede efectuar aquí unha breve alusión á potestade regulamentaria das persoas titulares dos departamentos ministeriais ou órganos equivalentes autonómicos. Así, non estamos nestes casos ante unha potestade regulamentaria equiparable á que corresponde ao órgano colexiado de goberno pois, mentres que a atribución xenérica da potestade regulamentaria converte o Goberno (estatal ou autonómico) en titular orixinario desta, a potestade regulamentaria dos ministros (ou conselleiros autonómicos) é unha potestade regulamentaria derivada (por todas, SSTC 185/1995, do 14 de decembro, e 133/1997, do 16 de xullo), constringida a uns concretos límites (en xeral ao ámbito doméstico e ás materias propias do correspondente departamento). Neste sentido, o artigo 4.1.b) da Lei 50/1997, do 27 de novembro, do Goberno, atribúelles aos ministros a competencia consistente en “exercer a potestade regulamentaria nas materias propias do seu departamento” e, para o caso concreto da Comunidade Autónoma de Galicia, aluden á potestade regulamentaria das persoas titulares das consellerías, limitada á organización e ás materias propias da respectiva consellería, os artigos 34.6 da Lei 1/1983, do 22 de febreiro, de normas reguladoras da Xunta e da súa Presidencia e 37.2 da Lofaxga.

Refírese tamén o número 1 do artigo 128 á potestade regulamentaria dos órganos de goberno locais, con remisión ao previsto na Constitución, nos estatutos de autonomía e na Lei 7/1985, do 2 de



abril, reguladora das bases do réxime local (en diante, LBRL). A potestade normativa das entidades locais debe entenderse como manifestación da autonomía constitucionalmente recoñecida (artigos 137 e 140 da Constitución española). Así o ten recoñecido o propio Tribunal Constitucional ao sinalar, na STC 214/1989, do 21 de decembro, que “no concernente á organización municipal, a orde constitucional de distribución de competencias se funda no recoñecemento de tres ámbitos normativos correspondentes á lexislación básica do Estado (art. 149.1.18.<sup>a</sup> da Constitución), a lexislación de desenvolvemento das comunidades autónomas segundo os seus respectivos estatutos e a potestade regulamentaria dos municipios, inherente esta última á autonomía que a Constitución garante no seu artigo 140”. Nesta liña, o artigo 4.1.a) da LBRL, recoñécelles aos municipios, ás provincias e ás illas, na súa calidade de administracións públicas territoriais, a potestade regulamentaria e de autoorganización. Dentro da potestade normativa municipal cabe diferenciar así entre a produción de normas *ad intra* ou organizativas, isto é, a normación local dirixida á propia organización (así, por exemplo, os regulamentos orgánicos aos que se alude no artigo 20.1.c) da LBRL), e a produción de normas *ad extra*, de regulación da realidade social e da conduta da cidadanía, isto é, de ordenanzas.

Continuando co artigo, o disposto no seu número 2 (cuxo primeiro inciso reproduce a redacción do artigo 51.1 da Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común, en diante LRX-PAC), constitúe unha manifestación dos principios de xerarquía normativa e de legalidade (recollidos ambos no artigo 9.3 da Constitución española). Así, como consecuencia da condición do regulamento como disposición normativa emanada do executivo, a dita norma atópase xerarquicamente subordinada ás normas de rango superior: Constitución e leis (incluíndo como tales non só as leis en sentido formal, senón tamén as normas con rango de lei), como sinala o precepto, ao que debe engadirse tamén o correspondente Estatuto de autonomía (neste sentido, o artigo 39.2 da Lofaxga cita expresamente ao Estatuto de autonomía, xunto coa Constitución e as leis), e sen esquecer, ademais, a primacía do dereito comunitario. Xunto

ao anterior, recóllese no precepto a denominada reserva material de lei, isto é, a prohibición de que o regulamento poida disciplinar materias que estean reservadas pola Constitución ou polos respectivos estatutos de autonomía á súa regulación polo poder lexislativo, e contén no seu segundo inciso a referencia a manifestacións concretas da dita prohibición.

Por unha banda, alúdese ao principio de reserva de lei en materia punitiva (25.1 da Constitución española). Conforme reiterada doutrina constitucional (por todas, SSTC 42/1987, do 7 de abril; 69/1989, do 20 de abril; 219/1989, do 21 de decembro; 341/1993, do 18 de novembro; 22/1990, do 15 de febreiro; 61/1990, do 29 de marzo; 210/2005, do 18 de xullo; 98/2006, do 27 de marzo, 187/2006, do 19 de xuño; ou as máis recentes 104/2009, do 4 de maio; 144/2011, do 26 de setembro, e 10/2015, do 2 de febreiro, e nas que nelas se citan), este principio tradúcese na imperiosa esixencia de predeterminación legal das condutas ilícitas e das sancións correspondentes. Agora ben, respecto da potestade sancionadora administrativa, admíttese unha certa flexibilización de xeito que a norma legal pode ser auxiliada por normas de carácter regulamentario sempre que na lei estean suficientemente determinados os elementos esenciais da conduta antixurídica (isto é, a tipificación e a cualificación *ad hoc* da infracción) e a natureza e límites das sancións, así como a correlación necesaria entre os actos ou as condutas ilícitas tipificadas e as sancións correspondentes (de maneira que o conxunto das normas punitivas aplicables permita predicir, con suficiente grao de certeza, o tipo e o grao de sanción determinado do que pode facerse merecedor quen cometa unha ou máis infraccións concretas). En consecuencia, queda prohibida a remisión que faga posible a regulación independente e non claramente subordinada á lei (o que acontecería se, por exemplo, a lei habilitase ou remitise ao regulamento para a configuración *ex novo* de obrigas ou prohibicións cuxa contravención dea orixe a unha infracción sancionable ou para tipificar *ex novo* sancións). Como plasmación desta doutrina constitucional, o precepto que se comenta debe poñerse en relación co artigo 27.3 da Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público (en diante, LRXSP), regulador do principio de tipicidade en

materia sancionadora. O dito precepto, recollendo en boa medida o contido do artigo 129 da LRX-PAC, regula o principio de tipicidade en materia sancionadora, prevé a esixencia de lei para a tipificación de infraccións e sancións, e concreta, no seu número 3, os límites da colaboración regulamentaria neste ámbito.

Para rematar, cómpre aludir á maior flexibilidade do principio que se analiza en relación coas ordenanzas municipais de contido punitivo. Así, nestes casos correspóndelle á lei a fixación dos criterios mínimos de antixuridicidade conforme os cales cada concello pode establecer tipos de infraccións (sen que iso implique a definición de tipos, nin sequera xenéricos, senón de criterios que orienten e condicionen a valoración de cada concello á hora de establecer os tipos de infracción) e tamén, polo menos, o establecemento dunha relación das posibles sancións que cada ordenanza municipal poida establecer (neste sentido pronúncianse, entre outras, as SSTC núm. 132/2001, do 8 de xuño, e 25/2004, do 26 de febreiro). Ás peculiaridades da reserva de lei que nos ocupa no ámbito local tamén se fai referencia na LRXSP, a cal, no seu artigo 27.1, deixa expresamente a salvo o disposto para a Administración local no título XI da LBRL.

Por outra banda, o artigo 128.2 da lei alude á reserva de lei contida nos artigos 31.3 e 133.1 da Constitución española. Respecto do alcance desta reserva de lei tamén existe unha consolidada doutrina constitucional (neste sentido poden citarse, entre outras, as SSTC 6/1983, do 4 de febreiro; 150/2003, do 15 de xuño; ou 102/2005, do 20 de abril) conforme a cal non estamos tampouco neste caso ante unha reserva de carácter absoluto senón ante a esixencia de que sexa a lei a que ordene os criterios ou principios de acordo cos cales se debe rexer a materia (así, por exemplo, a creación *ex novo* dun tributo e a determinación dos elementos esenciais ou configuradores deste debe levarse a cabo mediante unha lei), e resulta admisible a colaboración do regulamento sempre que sexa indispensable por motivos técnicos ou para optimizar o cumprimento das finalidades propostas pola Constitución ou pola propia lei e sempre que a colaboración se produza en termos de subordinación, desenvolvemento e complementariedade, estando o alcance da colaboración en función da diversa natureza da figura de que se trate.

Para rematar coa análise do artigo 128.2 cómpre aludir á denominada reserva formal de lei, isto é, aquela na que a necesidade dunha lei non se produce por razón da materia senón da vixencia dunha lei previa (que produce unha conxelación de rango), cuxo contido exclúe ou condiciona o exercicio da potestade regulamentaria (e que se conecta co antedito principio de xerarquía normativa). Neste sentido cómpre recordar, como fai o Consello de Estado na súa memoria do ano 2008, que é a lei a que debe conter a regulación esencial e mais permanente dunha determinada materia, e deferir á potestade regulamentaria os desenvolvementos e pormenores máis concretos e cambiantes.

En suma, o principio de reserva material de lei, xunto cos de legalidade e de xerarquía normativa, marcan, por delimitación negativa, o ámbito no que pode actuar a potestade regulamentaria.

O número 3 do precepto reitera o xa indicado no artigo 51, números 2 e 3, da LRX-PAC. Estamos tamén neste caso ante unha directa consecuencia do carácter normativo anteriormente analizado das disposicións administrativas de carácter xeral e do seu sometemento ao principio de xerarquía normativa. En concreto, este número refírese á orde xerárquica entre as propias disposicións administrativas de carácter xeral, remitindo ao que, ao respecto, establezan as leis. Debe terse en conta que tal xerarquía vén referida a disposicións administrativas procedentes da mesma Administración (pois do contrario entraría en xogo un principio distinto: o de competencia).

No caso dos regulamentos estatais, a orde xerárquica recóllese no artigo 24.2 da Lei 50/1997, do 27 de novembro, do Goberno. E, para o caso concreto da Comunidade Autónoma de Galicia, conforme o indicado no artigo 39.1 da Lofaxga, as disposicións de carácter regulamentario están sometidas á seguinte xerarquía normativa: decretos aprobados polo Consello da Xunta e ordes aprobadas polas persoas titulares das consellerías.

O segundo inciso do número 3 recolle a lóxica consecuencia da existencia dunha orde xerárquica entre as disposicións administrativas de carácter xeral, cal é a de que ningunha disposición administrativa pode vulnerar os preceptos doutra de rango xerárquico supe-

rior (previsión que se recolle, así mesmo, no ámbito da Comunidade Autónoma de Galicia, no artigo 39.2 da Lofaxga).

Por último, cómpre sinalar que a LPACAP, ao igual que a LRX-PAC, recolle expresamente a sanción de nulidade de pleno dereito das disposicións administrativas que vulneren a Constitución, as leis ou outras disposicións administrativas de rango superior, as que regulen materias reservadas á lei e as que establezan a retroactividade de disposicións sancionadoras non favorables ou restritivas de dereitos individuais (artigo 47.2). A mesma sanción de nulidade se prevé no artigo 39.3 da Lofaxga.

#### **REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala Terceira do Contencioso-Administrativo, Sección 4.<sup>a</sup>), do 15 de setembro de 1995, recurso de casación núm. 47/1992.

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala Terceira do Contencioso-Administrativo, Sección 7.<sup>a</sup>), do 4 de xullo de 2012, recurso de casación núm. 1984/2010.

Sentenza 6/1983 do Tribunal Constitucional (Pleno), do 4 de febreiro.

Sentenza 42/1987 do Tribunal Constitucional (Sala Segunda), do 7 de abril.

Sentenza 69/1989 do Tribunal Constitucional (Sala Primeira), do 20 de abril.

Sentenza 214/1989 do Tribunal Constitucional (Pleno), do 21 de decembro.

Sentenza 219/1989 do Tribunal Constitucional (Sala Primeira), do 21 de decembro.

Sentenza 22/1990 do Tribunal Constitucional (Sala Primeira), do 15 de febreiro.

Sentenza 61/1990 do Tribunal Constitucional (Sala Primeira), do 29 de marzo.

Sentenza 341/1993 do Tribunal Constitucional (Pleno), do 18 de novembro.

Sentenza 185/1995 do Tribunal Constitucional (Pleno), do 14 de decembro.

Sentenza 133/1997 do Tribunal Constitucional (Pleno), do 16 de xullo.

Sentenza 132/2001 do Tribunal Constitucional (Sala Primeira), do 8 de xuño.

Sentenza 150/2003 do Tribunal Constitucional (Pleno), do 15 de xuño.

Sentenza 25/2004 do Tribunal Constitucional (Sala Segunda), do 26 de febreiro.

Sentenza 102/2005 do Tribunal Constitucional (Pleno), do 20 de abril.

Sentenza 210/2005 do Tribunal Constitucional (Pleno), do 18 de xullo.

Sentenza 98/2006 do Tribunal Constitucional (Sala Segunda), do 27 de marzo.

Sentenza 187/2006 do Tribunal Constitucional (Sala Primeira), do 19 de xuño.

Sentenza 104/2009 do Tribunal Constitucional (Sala Primeira), do 4 de maio.

Sentenza 144/2011 do Tribunal Constitucional (Sala Segunda), do 26 de setembro.

Sentenza 10/2015 do Tribunal Constitucional (Sala Primeira), do 2 de febreiro.

Memoria do Consello de Estado do ano 1990.

Memoria do Consello de Estado do ano 2008.

Fortes González, A. I. (2016). “De la iniciativa legislativa y de la potestad reglamentaria. En especial la mejora regulatoria”, en *Instituciones de procedimiento administrativo común. Novedades de la Ley 39/2015*. Juruá.

García de Enterría, E.; Fernández, T. R. (2008). *Curso de derecho administrativo*. Civitas.

Sala Atienza, P. (2011), “El reglamento. El decreto legislativo y su impugnación jurisprudencial”, en *Las instituciones del derecho administrativo en la jurisprudencia*. Bosch.

## **Artigo 129. Principios de boa regulación**

1. No exercicio da iniciativa lexislativa e da potestade regulamentaria, as administracións públicas actuarán de acordo cos principios de necesidade, eficacia, proporcionalidade, seguridade xurídica, transparencia, e eficiencia. Na exposición de motivos ou no preámbulo, segundo se trate, respectivamente, de anteproxectos de lei ou de proxectos de regulamento, quedará suficientemente xustificada a súa adecuación aos principios mencionados.

2. En virtude dos principios de necesidade e eficacia, a iniciativa normativa debe estar xustificada por unha razón de interese xeral, basearse nunha identificación clara dos fins perseguidos e ser o instrumento máis adecuado para garantir a súa consecución.

3. En virtude do principio de proporcionalidade, a iniciativa que se propoña deberá conter a regulación imprescindible para atender a necesidade que se pretende cubrir coa norma, despois de constatar que non existen outras medidas menos restritivas de dereitos, ou que impongan menos obrigas aos destinatarios.

4. A fin de garantir o principio de seguridade xurídica, a iniciativa normativa exercerase de maneira coherente co resto do ordenamento xurídico, nacional e da Unión Europea, para xerar un marco normativo estable, predicible, integrado, claro e de certeza, que facilite o seu coñecemento e comprensión e, en consecuencia, a actuación e toma de decisións das persoas e empresas.

Cando en materia de procedemento administrativo a iniciativa normativa estableza trámites adicionais ou distintos aos recollidos nesta lei, estes deberán ser xustificados atendendo á singularidade da materia ou aos fins perseguidos pola proposta.

As habilitacións para o desenvolvemento regulamentario dunha lei serán conferidas, con carácter xeral, ao Goberno ou consello de goberno respectivo. A atribución directa aos titulares dos departamentos ministeriais ou das consellerías do Goberno, ou a outros órganos dependentes ou subordinados deles, terá carácter excepcional e deberá xustificarse na lei habilitante.

*As leis poderán habilitar directamente a autoridades independentes ou outros organismos que teñan atribuída esta potestade para aprobaren normas para o seu desenvolvemento ou aplicación, cando a natureza da materia así o esixa.*

*5. En aplicación do principio de transparencia, as administracións públicas posibilitarán o acceso sinxelo, universal e actualizado á normativa en vigor e aos documentos propios do seu proceso de elaboración, nos termos establecidos no artigo 7 da Lei 19/2013, do 9 de decembro, de transparencia, acceso á información pública e bo goberno; definirán claramente os obxectivos das iniciativas normativas e a súa xustificación no preámbulo ou exposición de motivos e posibilitarán que os potenciais destinatarios teñan unha participación activa na elaboración das normas.*

*6. En aplicación do principio de eficiencia, a iniciativa normativa debe evitar cargas administrativas innecesarias ou accesorias e racionalizar, na súa aplicación, a xestión dos recursos públicos.*

*7. Cando a iniciativa normativa atinxa aos gastos ou ingresos públicos presentes ou futuros, deberán cuantificarse e valorarse as súas repercusións e efectos, e supeditarse ao cumprimento dos principios de estabilidade orzamentaria e sustentabilidade financeira.*

## **COMENTARIO:**

A Lei 39/2015, do 1 de outubro, do procedemento administrativo común das administracións públicas (en diante, LPACAP) recolle unha serie de medidas dirixidas á procura da calidade normativa, na liña da crecente preocupación na materia, propiciada especialmente pola OCDE e pola Unión Europea (*Better Regulation* e *Smart Regulation*); calidade normativa entendida non só desde unha perspectiva formal (ou de técnica normativa), senón tamén substantiva ou material, isto é, que a norma sexa axeitada, necesaria e proporcionada para acadar os obxectivos propostos.

No noso país (e deixando á marxe outros antecedentes como, en materia de técnica normativa, as Directrices de técnica normativa, aprobadas polo Acordo do Consello de Ministros do 22 de xullo de 2005, e publicadas no BOE núm. 180, do 29 de xullo), o grande



avance en materia de mellora normativa constituíuno a Lei 2/2011, do 4 de marzo, de economía sostible (en diante, LES), que dedicou o capítulo I do seu título I (artigos 4 a 7, de carácter básico, e que son obxecto de derogación expresa pola LPACAP) á mellora da calidade da regulación. A implantación de medidas de mellora normativa foi a liña seguida tamén no ámbito autonómico. Así, no caso concreto da Comunidade Autónoma galega, cómpre citar a regulación contida no título III da Lei 14/2013, do 26 de decembro, de racionalización do sector público autonómico (dedicado á “Racionalización, simplificación e mellora da calidade normativa”), así como, desde a perspectiva da técnica normativa, as Directrices de técnica normativa aprobadas por Acordo do Consello da Xunta do 30 de outubro de 2014 (e publicadas no DOG núm. 219, do 14 de novembro).

A primeira das medidas de calidade normativa contidas na nova lei consiste no establecemento, con carácter básico, duns principios de boa regulación. Non se trata dunha regulación completamente nova, pois xa o artigo 4 da LES recolleu, con carácter básico, unha lista de principios de boa regulación aplicables ás iniciativas normativas das administracións públicas. Agora ben, o elenco de principios non é enteiramente coincidente. Así, non se citan na nova lei os principios de simplicidade e de accesibilidade (se ben tal ausencia é só en aparencia, pois o contido destes principios recóllese dentro dos de seguridade xurídica e de transparencia, respectivamente), recóllese expresamente na enumeración o principio de eficiencia e as definicións resultan máis completas e claras. Cómpre advertir que, no ámbito da Comunidade Autónoma de Galicia, o artigo 37.a) da Lei 14/2013, do 26 de decembro, de racionalización do sector público autonómico recolle unha lista de principios similar á do artigo 4 da LES, aínda que cabe entender, conforme ao que se acaba de expoñer, que a xustificación da adecuación aos principios esixida polo artigo 129 da LPACAP, que examinaremos a continuación, permitirá ter por cumprida tamén a esixencia recollida naquel precepto autonómico.

Os principios son aplicables tanto no exercicio da iniciativa lexislativa (isto é, elaboración e aprobación de proxectos de lei) coma da potestade regulamentaria. Tamén deberían entenderse incluídos,

aínda que non se mencionen expresamente no precepto, os supostos de elaboración de normas con rango de lei (decretos leis e decretos lexislativos), sen prexuízo das necesarias adaptacións derivadas da especial natureza e contido destas normas. Pénsese, por exemplo, no caso da aprobación de textos refundidos nos que non existe innovación do ordenamento xurídico.

A xustificación da adecuación da iniciativa normativa aos ditos principios deberá incluírse na parte expositiva da norma (que a lei denomina exposición de motivos, no caso de anteproxectos de lei, e preámbulo, no caso de proxectos de regulamento), o que é acorde coa función desta, consistente na descrición do contido da disposición, do seu obxecto, da súa finalidade, das competencias e habilitacións no exercicio das cales se dita e da súa incidencia sobre a normativa en vigor (directriz 12 das Directrices de técnica normativa estatais e directriz 14 das Directrices de técnica normativa autonómicas, antes citadas). Ademais, é recomendable que a xustificación se recolla tamén, dun xeito máis amplo e pormenorizado, na memoria xustificativa que obre no expediente, dada a conexión deste documento coa motivación da nova norma, no sentido de exteriorización das razóns da nova ordenación (por todas, STS do 13 de novembro de 2000; e STSXG do 30 de setembro de 2003, confirmada en casación pola STS do 2 de decembro de 2005).

Respecto dos principios, a lei refírese en primeiro lugar aos de necesidade e de eficacia, que define no número 2, de xeito practicamente similar á LES. Así, en virtude do principio de necesidade, a nova norma debe ter o seu fundamento na atención a unha razón de interese xeral, e o principio de eficacia esixe que se identifiquen con claridade os fins perseguidos e que se xustifique que a regulación proxectada é a mellor opción para acadalos. Intimamente relacionado cos fins perseguidos coa nova regulación atópase tamén o seguinte principio, o de proporcionalidade, aínda que desde a perspectiva da xustificación de que a nova regulación é axeitada para acadar eses fins, logo da análise de que non existen outras medidas menos restritivas de dereitos ou que lles impoñan menos obrigas aos destinatarios. Isto é, trátase de obter os mellores resultados minimizando os posibles efectos negativos que implica a nova regulación, buscando

un equilibrio entre as vantaxes que esta lles ofrece aos destinatarios e as limitacións que impón para adecuar o custo que deben soportar os cidadáns ao beneficio social que xere a nova norma.

A definición do principio de seguridade xurídica (artigo 9.3 da Constitución española) reúne, en esencia, as definicións deste principio e do de simplicidade recollidas no artigo 4 LES. A proliferación normativa dificulta o coñecemento axeitado do dereito vixente, e faise imprescindible a necesidade dunha coordinación entre as normas adoptadas. É preciso, pois, unha coherencia normativa, de especial importancia, como sinala a exposición de motivos da lei, ante a coexistencia, no territorio español, de tres niveis de Administración territorial que proxectan a súa actividade normativa sobre ámbitos en moitas ocasións coincidentes. En suma, a nova norma debe inserirse no ordenamento xurídico, tanto nacional coma comunitario, de xeito harmónico, sen contradicións, de modo que o resultado sexa un marco normativo claro, que facilite o seu coñecemento e a súa comprensión e, polo tanto, a actuación e a toma de decisións dos destinatarios, que saberán a que aterse, tanto no caso de cumprimento coma de incumprimento. Esta mesma idea é a que inspira, no ámbito autonómico, o artigo 36 da Lei 14/2013, do 26 de decembro, de racionalización do sector público autonómico, cando alude a procurar “o mantemento dun marco normativo estable e o máis simplificado posible que posibilite o coñecemento rápido e comprensible da normativa vixente que resulte de aplicación”. Neste eido xogarán un importante papel, ademais da xustificación á que se refire o artigo 129.1, por unha banda, a táboa de vixencias das disposicións afectadas que se incorpore ao expediente; por outra, o deseño, preciso e completo, do réxime transitorio e derogatorio da nova disposición (de xeito que tanto o tránsito á nova regulación como a indicación das disposicións total ou parcialmente afectadas por esta queden claramente delimitados) e, finalmente, a corrección formal das normas, o que conecta coa necesaria observancia dunha axeitada técnica normativa na súa elaboración (remitímonos, neste punto, ás Directrices de técnica normativa antes citadas). Cómpre aludir, así mesmo, á conexión que respecto do principio de seguridade xurídica gardan as tarefas de codificación e refundición norma-

tiva, pois a través delas contribúese á simplificación e clarificación do marco normativo aplicable. Precisamente a estas tarefas de refundición normativa se refire expresamente a Lei 14/2013, do 26 de decembro, de racionalización do sector público autonómico cando, no seu artigo 37.c), prevé que a Administración autonómica “impulsará a utilización dos instrumentos de refundición normativa e de derogación expresa da normativa que perdesa vixencia”.

Tras a definición do principio de seguridade xurídica, a lei alude, no mesmo número 4, a dúas cuestións diferenciadas. Por unha banda, á esixencia de xustificación das iniciativas normativas que prevexan trámites adicionais ou distintos aos recollidos na lei atendendo á singularidade da materia ou aos fins perseguidos (previsión que se conecta co indicado no artigo 1.2 da lei, a cuxo comentario nos remitimos). E, por outra banda, ao réxime de habilitacións para o desenvolvemento regulamentario das leis. Respecto desta cuestión, cabe indicar que, como regra xeral, a lei debe ser obxecto de desenvolvemento por unha norma regulamentaria ditada polo titular da potestade regulamentaria orixinaria (sobre este concepto remitímonos ao comentario ao artigo 128); isto é, polo órgano colexiado de goberno. Así, o artigo 5.1.h) da Lei 50/1997, do 27 de novembro, do Goberno, recolle entre as funcións do Consello de Ministros a consistente en aprobar os regulamentos para o desenvolvemento e a execución das leis, logo do ditame do Consello de Estado, así como as demais disposicións regulamentarias que procedan. E, no ámbito da Comunidade Autónoma de Galicia, o artigo 4.6 da Lei 1/1983, do 22 de febreiro, de normas reguladoras da Xunta e da súa Presidencia, recolle, entre as atribucións da Xunta de Galicia, a consistente en aprobar os regulamentos para o desenvolvemento e a execución das leis de Galicia, así como os das leis do Estado, cando a competencia de execución lle corresponda á comunidade autónoma, en virtude do Estatuto de autonomía ou por delegación ou transferencia.

Ademais, o regulamento de desenvolvemento dunha lei debe cumprir axeitadamente a función de servir de complemento indispensable desta; isto é, debe conter a regulación necesaria para asegurar a correcta aplicación e a plena efectividade da lei que desenvolve (entre outras, SSTS do 30 de marzo de 1999; do 18 de febreiro de

2002, e do 15 de xullo de 2010). O anterior enténdese sen prexuízo de que a dita norma regulamentaria poida deferir á persoa titular do ministerio ou do órgano equivalente autonómico (titulares da potestade regulamentaria derivada) a regulación de puntos concretos e de carácter accesorio que non supoñan unha modificación ou alteración substantiva daquela, o que deberá facerse indicando de xeito preciso que concretos aspectos han de ser obxecto de regulación, de modo que a habilitación regulamentaria sexa o suficientemente ilustrativa da materia chamada a ser regulada por unha disposición emanada dos titulares da potestade regulamentaria derivada. O que se coñece como “delegacións singulares” (sobre este concepto poden consultarse as SSTS do 14 de abril de 1992; do 15 de xuño de 1993, ou a máis recente do 29 de xaneiro de 2015, e nas que nelas se citan, así como ditames de órganos consultivos, como o ditame do Consello de Estado núm. 167/1993, do 13 de abril, ou os ditames do Consello Consultivo de Galicia núm. 258/2010, do 17 de xuño, e núm. 504/2015, do 9 de decembro).

Non obstante, existen excepcións a aquela regra xeral. Así, en primeiro lugar, a lei pode habilitar directamente a persoa titular do ministerio ou órgano equivalente autonómico para desenvolver determinados extremos da regulación nela contida, sen necesidade dunha previa norma regulamentaria do órgano colexiado de goberno. O que se coñece como habilitación *per saltum*. Tal posibilidade, que a nova lei cualifica expresamente de excepcional, recoñécea o Tribunal Constitucional (por todas, STC 185/1995, do 14 de decembro), aínda que con certas cautelas. Así, non pode tratarse dunha habilitación de desenvolvemento normativo xenérica, senón que o propio lexislador debe acoutar e ordenar o seu exercicio, e ha de precisar o alcance da dita norma regulamentaria, a través da delimitación da materia concreta e determinada que aquela está chamada a regular. A esta esixencia engade a nova lei a consistente en que na lei habilitante se xustifique o recurso a esta habilitación directa (o lugar axeitado é a parte positiva da lei, así como a memoria xustificativa integrante do expediente de elaboración normativa).

O precepto alude tamén á posible habilitación a outros órganos administrativos dependentes ou subordinados, o que chama a aten-

ción tendo en conta a tradicional limitación, dentro do ámbito das administracións territoriais estatal e autonómicas, da atribución de potestade regulamentaria ao órgano colexiado de goberno e ás persoas titulares dos ministerios ou órganos equivalentes autonómicos (neste sentido se pronuncia, no ámbito da Comunidade Autónoma de Galicia, o artigo 37 da Lei 16/2010, do 17 de decembro, de réxime xurídico da Administración xeral e do sector público autonómico de Galicia). En principio, parece que a posibilidade de tal habilitación, que a lei cualifica de excepcional e sometida a xustificación, debe entenderse como limitada ao ámbito puramente doméstico ou *ad intra* (pénsese, por exemplo, nas habilitacións para a elaboración e aprobación de regulamentos de réxime interior de determinados órganos). En todo caso, debe diferenciarse a norma regulamentaria propiamente dita das denominadas instrucións ou ordes de servizo (ás que alude o artigo 6 da Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público), a través das cales os órganos administrativos poden dirixir a actividade dos xerarquicamente dependentes, xa que nestes casos non nos atopamos antes auténticos regulamentos, pois non innovan o ordenamento xurídico, senón que operan no ámbito interno da Administración, e só obrigan en función da obediencia propia e inherente á xerarquía administrativa, sen poder implicar dereitos ou deberes para terceiros alleos á organización administrativa. Así, aínda que poden incidir nos intereses dos particulares ao fixarse mediante eles criterios de actuación aos titulares dos órganos subordinados, tales particulares poden descoñecer estes criterios mediante o exercicio dos medios de impugnación que habilita o ordenamento xurídico (entre outras, SSTS do 21 de xuño de 2006, do 12 de decembro de 2006, e do 24 de febreiro de 2015).

A lei recolle, finalmente, as habilitacións legais a autoridades independentes ou outros organismos. Trátase dunha potestade para ditar normas, cunha eficacia *ad extra*, malia que estritamente suxeita á existencia dunha habilitación legal infraconstitucional concreta e limitada ao ámbito das competencias da entidade en cuestión (poden ser entidades integrantes da denominada Administración institucional ou das chamadas administracións independentes), xeralmente coa finalidade de disciplinar medidas que requiren a adaptación a

circunstancias conxuntarais, con flexibilidade e rapidez. Pénsese, por exemplo, no caso do Banco de España (suposto analizado na STC 135/1992, do 5 de outubro), da Comisión Nacional do Mercado de Valores (suposto obxecto de estudo na STC 133/1997, do 16 de xullo), da Comisión do Mercado das Telecomunicacións (STS do 1 de febreiro de 2006), ou na potestade regulamentaria do Consello Xeral do Poder Xudicial (STS do 28 de outubro de 2011). Sobre estas normas, a xurisprudencia (por exemplo, SSTS do 6 de maio de 2004, do 20 de decembro de 2004 ou do 1 de febreiro de 2006), aínda que recoñece que a súa natureza xurídica presenta unha certa problemática e confusión, sinalou que non son, obviamente, circulares internas da Administración, posto que a súa eficacia transcende ao exterior, nin tampouco auténticas ou verdadeiras disposicións xurídicas de carácter xeral ou regulamentos, polo limitado dos seus destinatarios e a natureza da súa relación (relación de suxeición especial). En suma, trátase dunha categoría especial de normas que, sempre que se diten dentro do ámbito material concreto que deben ter especificamente asignado na corresponde lei habilitante, son admisibles no noso dereito.

Outro dos principios, xa recollidos na LES, é o de transparencia, aínda que o seu alcance é máis amplo que o establecido naquela lei, xa que integra ademais o contido do principio de accesibilidade, que xa non é obxecto de mención expresa. Así, o principio de transparencia abrangue as esixencias de acceso á normativa en vigor e á documentación integrante do seu procedemento de elaboración contidas no artigo 7 da Lei 19/2013, do 9 de decembro, de transparencia, acceso á información pública e bo goberno (debe ter presente tamén, no ámbito da Comunidade Autónoma de Galicia, a regulación contida no artigo 9 da Lei 1/2016, do 18 de xaneiro, de transparencia e bo goberno); impón unha definición clara dos obxectivos da iniciativa normativa e a súa xustificación (o que deberá efectuarse na parte expositiva da disposición, sen prexuízo, como se indicou antes, da súa inclusión tamén como contido da correspondente memoria xustificativa que forme parte do expediente de elaboración da norma) e, por último, esixe unha participación activa na elaboración da norma dos posibles destinatarios desta (sobre esta participación

e os mecanismos para facela efectiva remitímonos ao comentario ao artigo 133).

O último dos principios é o de eficiencia, que impón a evitación de cargas administrativas innecesarias e accesorias (o que semella máis vinculado co principio de eficacia), así como a racionalización da xestión dos servizos públicos. Na mesma liña sitúase, no ámbito autonómico, o artigo 36 da Lei 14/2013, do 26 de decembro, de racionalización do sector público autonómico, cando prevé que non se lles impoñan á cidadanía e ás empresas máis cargas administrativas “que as estritamente necesarias para a satisfacción do interese xeral”.

Intimamente conectado co principio de eficiencia, o número 7 do precepto recolle a esixencia de cuantificación e valoración das repercusións e efectos das iniciativas normativas que afecten aos gastos ou ingresos públicos, co necesario cumprimento dos principios de estabilidade orzamentaria e sustentabilidade financeira. Esta previsión legal reproduce o indicado no artigo 7.3 da Lei orgánica 2/2012, do 27 de abril, de estabilidade orzamentaria e sustentabilidade financeira; lei que tamén recolle a definición de tales principios nos seus artigos 3.2 e 4.2. De acordo con tales preceptos, enténdese por estabilidade orzamentaria das administracións públicas a situación de equilibrio ou superávit estrutural e por sustentabilidade financeira a capacidade para financiar compromisos de gasto presentes e futuros dentro dos límites de déficit, débeda pública e morosidade de débeda comercial conforme ao establecido na dita lei orgánica, na normativa sobre morosidade e na normativa europea. No cumprimento destas previsións xogará un papel fundamental a memoria económica que forme parte do expediente que, conforme ten sinalado reiterada xurisprudencia (entre outras, STS do 27 de novembro de 2006), non debe ter un contido puramente formulario senón substantivo, e ha de proporcionar información sobre os custos que as medidas adoptadas poidan supoñer co fin de que, contraponendo estes coas vantaxes que aquelas han de representar, evidenciadas na memoria xustificativa, a decisión se adopte con coñecemento de todos os aspectos, tanto negativos coma positivos, que a aprobación da nova norma ha de significar.



**REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

- Sentenza núm. 135/1992, do 5 de outubro, do Tribunal Constitucional (Pleno).
- Sentenza núm. 185/1995, do 14 de decembro, do Tribunal Constitucional (Pleno).
- Sentenza núm. 133/1997, do 16 de xullo, do Tribunal Constitucional (Pleno).
- Sentenza do 14 de abril de 1992 do Tribunal Supremo (Sala 3.<sup>a</sup> do Contencioso-Administrativo, Sección 6.<sup>a</sup>), recurso de casación núm. 1196/1990.
- Sentenza do 15 de xuño de 1993 do Tribunal Supremo (Sala 3.<sup>a</sup> do Contencioso-Administrativo), recurso de casación núm. 517/1991.
- Sentenza do 30 de marzo de 1999 do Tribunal Supremo (Sala 3.<sup>a</sup> do Contencioso-Administrativo, Sección 3.<sup>a</sup>), recurso de casación núm. 176/1997.
- Sentenza do 13 de novembro de 2000 do Tribunal Supremo (Sala 3.<sup>a</sup> do Contencioso-Administrativo, sección 4.<sup>a</sup>), recurso de casación núm. 513/1998.
- Sentenza do 18 de febreiro de 2002 do Tribunal Supremo (Sala 3.<sup>a</sup> do Contencioso-Administrativo, sección 6.<sup>a</sup>), recurso de casación núm. 1549/2000.
- Sentenza do 6 de maio de 2004 do Tribunal Supremo (Sala 3.<sup>a</sup> do Contencioso-Administrativo, Sección 3.<sup>a</sup>), recurso de casación núm. 6824/2000.
- Sentenza do 20 de decembro de 2004 do Tribunal Supremo (Sala 3.<sup>a</sup> do Contencioso-Administrativo, Sección 3.<sup>a</sup>), recurso de casación núm. 743/2002.
- Sentenza do 2 de decembro de 2005 do Tribunal Supremo (Sala 3.<sup>a</sup> do Contencioso-Administrativo, Sección 4.<sup>a</sup>), recurso de casación núm. 373/2003.
- Sentenza do 1 de febreiro de 2006 do Tribunal Supremo (Sala 3.<sup>a</sup>, do Contencioso-Administrativo, Sección 3.<sup>a</sup>), recurso de casación núm. 3661/2003.

- Sentenza do 27 de novembro de 2006 do Tribunal Supremo (Sala 3.<sup>a</sup>, do Contencioso-Administrativo, Sección 1.<sup>a</sup>), recurso de casación núm. 51/2005.
- Sentenza do 21 de xuño de 2006 do Tribunal Supremo (Sala 3.<sup>a</sup> do Contencioso-Administrativo, Sección 7.<sup>a</sup>), recurso de casación núm. 3837/2000.
- Sentenza do 12 de decembro de 2006 do Tribunal Supremo (Sala 3.<sup>a</sup> do Contencioso-Administrativo, Sección 4.<sup>a</sup>), recurso de casación núm. 3402/2004.
- Sentenza do 15 de xullo de 2010 do Tribunal Supremo (Sala 3.<sup>a</sup> do Contencioso-Administrativo, Sección 6.<sup>a</sup>), recurso de casación núm. 23/2008.
- Sentenza do 28 de outubro de 2011 do Tribunal Supremo (Sala 3.<sup>a</sup> do Contencioso-Administrativo, Pleno), recurso de casación núm. 42/2011.
- Sentenza do 29 de xaneiro de 2015 do Tribunal Supremo (Sala 3.<sup>a</sup> do Contencioso-Administrativo, Sección 3.<sup>a</sup>), recurso de casación núm. 5592/2011.
- Sentenza do 24 de febreiro de 2015 do Tribunal Supremo (Sala 3.<sup>a</sup> do Contencioso-Administrativo, Sección 4.<sup>a</sup>), recurso de casación núm. 474/2013.
- Sentenza do 30 de setembro de 2003 do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (Sala do Contencioso-Administrativo), recurso núm. 4593/1999.
- Ditame núm. 167/1993, do 13 de abril, sobre o proxecto de real decreto polo que se modifica o Regulamento da Lei 46/1984, do 26 decembro, reguladora das institucións de investimento colectivo, precisándose o réxime das sociedades e fondos de investimento inmobiliario, do Consello de Estado.
- Ditame núm. 215/2010, do 18 de marzo, sobre o anteproxecto de Lei de economía sostible, do Consello de Estado.
- Ditame núm. 275/2015, do 29 de abril, sobre o anteproxecto de Lei do procedemento administrativo común das administracións públicas, do Consello de Estado.
- Ditame núm. 258/2010, do 17 de xuño, sobre o proxecto de decreto polo que se modifica o Decreto 181/2002, do 10 de maio, polo que

se aproba o regulamento do xogo do bingo, e o Decreto 166/1986, do 4 de xuño, polo que se aproba o catálogo de xogos da comunidade autónoma, do Consello Consultivo de Galicia.

Ditame núm. 504/2015, do 9 de decembro, sobre o proxecto de decreto polo que se regula a incorporación das infraestruturas de telecomunicacións nos edificios da Administración xeral e o sector público autonómico de Galicia, do Consello Consultivo de Galicia.

Resolución do 28 de xullo de 2005, da Subsecretaría, pola que se dá publicidade ao Acordo do Consello de Ministros, do 22 de xullo de 2005, polo que se aproban as Directrices de técnica normativa.

Resolución do 5 de novembro de 2014, da Dirección Xeral da Aseoría Xurídica Xeral, pola que se ordena a publicación do Acordo do Consello da Xunta de Galicia, do 30 de outubro de 2014, polo que se aproban as Directrices de técnica normativa.

Recomendación do Consello da OCDE sobre política e gobernanza regulamentaria (2012).

*Spain: From Administrative Reform to Continuous Improvement* (2014).

*Better Regulation simply explained* (2006).

Comunicación da Comisión ao Parlamento Europeo, ao Consello, ao Comité Económico e Social Europeo e ao Comité das Rexións sobre normativa intelixente na Unión Europea, do 8 de outubro de 2010.

Comunicación da Comisión ao Parlamento Europeo, ao Consello, ao Comité Económico e Social Europeo e ao Comité das Rexións, *Better regulation for better results - An EU agenda*, do 19 de maio de 2015.

Fortes González, A. I. “De la iniciativa legislativa y de la potestad reglamentaria. En especial, la mejora reglamentaria”, en *Instituciones de procedimiento administrativo común. Novedades de la Ley 39/2015*, Editorial Juruá, 2016.

Sala Atienza, P. “El reglamento. El decreto legislativo y su impugnación jurisprudencial”, en *Las instituciones del derecho administrativo en la jurisprudencia*, Bosch, 2011.

### **Artigo 130. *Avaliación normativa e adaptación da normativa vixente aos principios de boa regulación***

1. *As administracións públicas revisarán periodicamente a súa normativa vixente para adaptala aos principios de boa regulación e para comprobar a medida en que as normas en vigor conseguiron os obxectivos previstos e se estaba xustificando e correctamente cuantificado o custo e as cargas impostas nelas.*

*O resultado da avaliación plasmarase nun informe que se fará público, co detalle, periodicidade e polo órgano que determine a normativa reguladora da Administración correspondente.*

2. *As administracións públicas promoverán a aplicación dos principios de boa regulación e cooperarán para promover a análise económica na elaboración das normas e, en particular, para evitar a introdución de restricións inxustificadas ou desproporcionadas á actividade económica.*

#### **COMENTARIO:**

O segundo dos piares nos que a nova lei basea a mellora normativa, xunto aos principios de boa regulación previstos no artigo 129, é a necesidade dunha axeitada análise do impacto das normas que haberá de realizarse de forma continua, tanto *ex ante* como *ex post*. Centrarémonos aquí na análise ou avaliación *ex post* da normativa, pois é esta a regulada no artigo 130 da lei.

Trátase dunha medida que segue a liña das orientacións vixentes no dereito comparado, en especial as impulsadas no ámbito da Unión Europea dentro da denominada normativa intelixente. Neste sentido, sinala a exposición de motivos da lei:

“(…) no seo da Comisión Europea e da Organización para a Cooperación e o Desenvolvemento Económicos foise avanzando na mellora da produción normativa (*Better regulation* e *Smart regulation*). Os diversos informes internacionais sobre a materia definen a regulación intelixente como un marco xurídico de calidade que permite o cumprimento dun obxectivo regulamentario, á vez que ofrece os incentivos axeitados para dinamizar a actividade económica, permite simplificar proce-

sos e reducir cargas administrativas. Para iso, resulta esencial unha axeitada análise de impacto das normas de forma continua, tanto *ex ante* coma *ex post* (...).”

No noso país, o grande avance nesta materia constituíuno a Lei 2/2011, do 4 de marzo, de economía sostible (en diante, LES) que preveu, entre os instrumentos das administracións públicas para a mellora da regulación, o consistente na promoción por estas do desenvolvemento de procedementos de avaliación *a posteriori* da súa actuación normativa, e dispuxo o establecemento de sistemas de información, seguimento e avaliación. Así mesmo, a dita lei impúxolles ás administracións públicas a revisión periódica da normativa vixente para adaptala aos principios de boa regulación e aos obxectivos de sustentabilidade, así como a publicación dun informe sobre as actuacións de mellora normativa realizadas (artigos 5 a 7, de carácter básico, cuxa derogación expresa prevé a Lei 39/2015, do 1 de outubro, do procedemento administrativo común das administracións públicas, en diante LPACAP).

Tendo en conta os antecedentes citados, o artigo 130 da nova lei prevé unha avaliación periódica da normativa vixente, cunha dobre finalidade:

- a) Dunha parte, co fin de proceder á súa adaptación aos principios de boa regulación previstos no artigo 129 da lei, pois tales principios han de informar todo o proceso de mellora normativa contido na lei; isto é, non só na fase previa de elaboración normativa (á que se refire o artigo 129), senón tamén na fase posterior (unha vez aprobada a norma correspondente).
- b) Doutra parte, co fin de levar a cabo unha valoración, en sentido estrito, sobre en que medida as normas aprobadas acadaron os obxectivos previstos, así como sobre a corrección da xustificación e cuantificación do custo e das cargas por elas impostas. Trátase, polo tanto, de analizar se o marco normativo dun ámbito de acción se adapta ao seu obxectivo e, en caso negativo, de determinar en que debería modificarse; se a normativa produce os beneficios previstos, avaliar os custos asociados, así como identificar as eventuais cargas excesivas,

as incoherencias e as medidas obsoletas ou ineficaces. Neste labor resulta importante ter en conta a experiencia derivada da aplicación da normativa en cuestión, pois esta experiencia proporcionará información útil para obter unha imaxe do funcionamento da dita normativa e das posibles modificacións que deben efectuarse.

O resultado da avaliación deberá plasmarse nun informe. O precepto impón de xeito expreso, a prol da transparencia, a obriga de dar publicidade ao dito informe. Semella que un lugar axeitado para esta publicidade será o portal da transparencia ou a correspondente sede electrónica ou páxina web (artigo 10 da Lei 19/2013, do 9 de decembro, de transparencia, acceso á información pública e bo goberno e, no ámbito da Comunidade Autónoma de Galicia, artigos 6.4 e 29 da Lei 1/2016, do 18 de xaneiro, de transparencia e bo goberno).

A lei non impón unha periodicidade concreta para a emisión do informe (a diferenza da remisión do artigo 7 da LES, á periodicidade acordada na Conferencia Sectorial de Administración Pública), malia que semella axeitado que intente acompañarse coa planificación *ex ante* (á que se refire o artigo 132 da lei que prevé, en relación co plan normativo, unha periodicidade anual). Así se recolle, por exemplo, no ámbito da Administración estatal (artigos 28.1 e 25.4 da Lei 50/1997, do 27 de novembro, do Goberno, na redacción dada pola Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público; en diante, LRXSP). Deste xeito, por unha banda, poderá avaliarse no dito informe o grao de cumprimento de plans normativos precedentes e, por outra banda, poderán incorporarse no plan normativo anual seguinte aquelas iniciativas normativas que se presenten como necesarias tendo en conta os resultados da avaliación e revisión periódicas efectuadas en cumprimento do artigo 130 (tales como aprobación de novas normas, modificacións ou derogacións de normas existentes ou tarefas de refundición normativa).

Polo demais, será preciso un desenvolvemento normativo por parte das distintas Administracións, coa finalidade de concretar aspectos tales como o contido concreto do informe, o procedemento

de elaboración, os órganos competentes para a súa elaboración e aprobación, o prazo e os medios de publicidade. Neste sentido, a disposición adicional sétima da Lei 1/2016, do 18 de xaneiro, de transparencia e bo goberno, encomenda á Xunta de Galicia regular os mecanismos de avaliación normativa derivados das recomendacións europeas sobre *better regulation*.

Como exemplo concreto da regulación desta avaliación pode citarse o artigo 28 da Lei 50/1997, do 27 de novembro, do Goberno, na redacción dada pola disposición derradeira terceira da LRXSP.

Continuando coa análise do artigo 130, no seu número 2 recóllese un mandato xeral dirixido ás administracións públicas de promoción da aplicación dos principios de boa regulación. Neste ámbito, xunto a actuacións individuais, cabe destacar o papel que as conferencias sectoriais poden desenvolver (pese a que o precepto, a diferenza do artigo 6.2 da LES, non recolle unha mención expresa a elas).

Por último, alúdese no precepto á necesaria cooperación no eido concreto da análise económica das normas co fin de procurar, en especial, a evitación de restricións inxustificadas ou desproporcionadas á actividade económica. Deste xeito, a lei faise eco da necesidade dunha avaliación normativa desde a perspectiva estritamente económica, xa recollida en normas precedentes. Así, como manifestacións concretas da dita cooperación cómpre citar, por unha banda, a Lei 17/2009, do 23 de novembro, sobre libre acceso ás actividades de servizos e ao seu exercicio, que destaca que para a mellora do marco regulador do sector servizos non abonda co establecemento pola dita lei das disposicións e principios xerais que deben rexer a regulación das actividades de servizos, senón que é necesario tamén un exercicio de avaliación da normativa reguladora do acceso ás actividades de servizos e o seu exercicio conforme aos principios e criterios. Para tal fin, na disposición adicional terceira desta lei créase o Comité para a Mellora da Regulación das Actividades de Servizos, como órgano de cooperación multilateral destinado a facilitar a cooperación para a mellora da regulación das actividades de servizos e, en particular, o seguimento e a coordinación das actuacións que se leven a cabo nas diferentes administracións para a correcta transposición da

Directiva 2006/123/CE, do Parlamento Europeo e do Consello, do 12 de decembro de 2006, relativa aos servizos no mercado interior.

Por outra banda, a Lei 20/2013, do 9 de decembro, de garantía da unidade de mercado dedícalle o seu artigo 15 á avaliación periódica da normativa desde a perspectiva do impacto desta na unidade de mercado, e distingue tres niveis: con carácter xeral, a avaliación periódica por todas as autoridades competentes; o impulso da avaliación periódica en materias da súa competencia e dos cambios normativos que procedan por parte das conferencias sectoriais, no marco de cooperación previsto no artigo 12 desta lei; e a avaliación, por parte do Consello para a Unidade de Mercado, do marco xurídico vixente nun sector económico determinado, cando se detecten obstáculos á unidade de mercado, conforme ao artigo 10 da lei. A isto debe engadirse a regulación contida no artigo 14 da lei en relación coa cooperación na elaboración de proxectos normativos que poidan ter incidencia na unidade de mercado (a esta cooperación na elaboración normativa refírense, por exemplo, os ditames do Consello Consultivo de Galicia núm. 601/2014, do 28 de agosto; núm. 661/2014, do 29 de outubro e núm. 681/2014, do 11 de febreiro de 2015).

#### **REFERENCIAS XURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Ditame núm. 275/2015, do 29 de abril, sobre o anteproxecto de lei do procedemento administrativo común das administracións públicas, do Consello de Estado.

Recomendación do Consello da OCDE sobre política e gobernanza regulamentaria (2012).

*Spain: From Administrative Reform to Continuous Improvement* (2014).

*Better Regulation simply explained* (2006).

Comunicación da Comisión ao Parlamento Europeo, ao Consello, ao Comité Económico e Social Europeo e ao Comité das Rexións sobre normativa intelixente na Unión Europea, do 8 de outubro de 2010.

Comunicación da Comisión ao Parlamento Europeo, ao Consello, ao Comité Económico e Social Europeo e ao Comité das Rexións,



*Better regulation for better results - An EU agenda*, do 19 de maio de 2015.

Burgar Arquimbau, J. M. Adaptación de la normativa municipal al nuevo procedimiento administrativo: modificación de ordenanzas y reglamentos locales, *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 8, Sección Opinión, quincena do 30 abril ao 14 de maio de 2016, ref. 913/2016, páx. 913, Editorial Wolters. Kluwer.

Fortes González, A. I. “De la iniciativa legislativa y de la potestad reglamentaria. En especial, la mejora reglamentaria”, en *Instituciones de procedimiento administrativo común. Novedades de la Ley 39/2015*, Juruá, 2016.

### **Artigo 131. Publicidade das normas**

*As normas con rango de lei, os regulamentos e disposicións administrativas deberanse publicar no diario oficial correspondente para que entren en vigor e produzan efectos xurídicos. Adicionalmente, e de maneira facultativa, as administracións públicas poderán establecer outros medios de publicidade complementarios.*

*A publicación dos diarios ou boletíns oficiais nas sedes electrónicas da Administración, órgano, organismo público ou entidade competente terá, nas condicións e coas garantías que cada Administración pública determine, os mesmos efectos que os atribuídos á súa edición impresa.*

*A publicación do Boletín Oficial do Estado na sede electrónica do organismo competente terá carácter oficial e auténtico nas condicións e coas garantías que se determinen regulamentariamente, e da dita publicación derivaranse os efectos previstos no título preliminar do Código civil e nas restantes normas aplicables.*

#### **COMENTARIO:**

A publicidade das normas, consagrada no artigo 9.3 da Constitución española, é un requisito xeral para a eficacia das normas dadas polos poderes públicos e é garantía do principio de seguridade xurídica. O precepto que se comenta, como manifestación daquel principio, recolle a esixencia de publicación das disposicións nor-

mativas emanadas do Executivo (normas con rango de lei –isto é, decretos leis e decretos lexislativos– e disposicións regulamentarias) no “diario oficial correspondente”, como condición necesaria para a súa entrada en vigor e para que produzan efectos. Non se trata esta dunha previsión nova nunha lei de procedemento administrativo común (así, se ben con referencia só ás disposicións administrativas, cabe citar o artigo 52.1 da Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común; en diante, LRX-PAC). No caso da Administración estatal, a referencia debe entenderse feita ao *Boletín Oficial do Estado* e, no que atinxe á Comunidade Autónoma de Galicia, por unha banda, o artigo 13 do Estatuto de autonomía de Galicia, por unha banda, o artigo 13 do Estatuto de autonomía prevé a publicación das leis no *Diario Oficial de Galicia* e no *Boletín Oficial do Estado*, aínda que precisa que, para os efectos da súa entrada en vigor, rexerá a data da súa publicación no *Diario Oficial de Galicia*. E, respecto das disposicións regulamentarias, o artigo 44 da Lei 16/2010, do 17 de decembro, de organización e funcionamento da Administración xeral e do sector público autonómico de Galicia (en diante, Lofaxga) dispón que, para que produzan efectos, os regulamentos autonómicos deberán publicarse integramente no *Diario Oficial de Galicia*. Finalmente, respecto da Administración local, conforme ao artigo 70.2 da Lei 7/1985, do 2 de abril, reguladora das bases do réxime local (en diante, LBRL), as ordenanzas deberán publicarse no boletín oficial da provincia.

En canto á entrada en vigor da norma, é conveniente establecer un período de *vacatio legis*, que permita o coñecemento material desta polos seus destinatarios e a adopción das medidas necesarias para a súa aplicación, e ha de configurarse como excepcional que a nova disposición entre en vigor o mesmo día da súa publicación ou ben o día seguinte a tal publicación, sobre a base da concorrencia de razóns xustificadas de prentoriedade que demandan a inmediata entrada en vigor e que procede concretar no expediente de elaboración da norma en cuestión. Neste sentido pronúncianse a directriz 42 das Directrices estatais de técnica normativa, aprobadas por acordo do Consello de Ministros, do 22 de xullo de 2005 (publicadas no BOE núm. 180, do 29 de xullo) e, no ámbito da Comunidade Autóno-

ma de Galicia, a directriz 44 das Directrices de técnica normativa aprobadas por acordo do Consello da Xunta do 30 de outubro de 2014 (publicadas no DOG núm. 219, do 14 de novembro), así como, entre outros, os ditames do Consello Consultivo de Galicia núm. 129/2015, do 22 de abril, e núm. 207/2015, do 30 de xuño, e nos que neles se citan.

No caso de non precisarse, a través dunha disposición derradeira (directriz 42 das Directrices estatais de técnica normativa, e directriz 44 das Directrices galegas de técnica normativa, antes citadas), a data de entrada en vigor da norma será, con carácter xeral, aos vinte días da súa publicación, de acordo co indicado no artigo 2.1 do Código civil. No mesmo sentido se pronuncia, respecto das disposicións regulamentarias procedentes da Administración autonómica galega, o artigo 44 da Lofaxga. Agora ben, cómpre destacar dúas especialidades fronte a esta regra xeral supletoria de entrada en vigor. Por unha banda, respecto das ordenanzas, o artigo 70.2 da LBRL, antes citado, prevé que as ordenanzas non entrarán en vigor ata que se publicase completamente o seu texto e ata que transcorra o prazo previsto no artigo 65.2 (isto é, o prazo de quince días hábiles para que a Administración do Estado ou da comunidade autónoma correspondente formulen, se for o caso, o requirimento de anulación previsto no artigo 65 da LBRL), salvo os orzamentos e as ordenanzas fiscais que se publican e entran en vigor nos termos establecidos na Lei 39/1988, do 28 de decembro, reguladora das facendas locais.

Por outra banda, cómpre aludir á regra introducida, respecto das iniciativas legislativas e das normas regulamentarias procedentes da Administración estatal, no artigo 23 da Lei 50/1997, do 27 de novembro, do Goberno, pola Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público. Este precepto, sen prexuízo de recoller unha remisión inicial ao artigo 2.1 do Código civil, inclúe datas concretas de entrada en vigor para aquelas leis ou regulamentos cuxa proposta ou aprobación corresponda ao Executivo estatal, que imponían novas obrigas ás persoas físicas ou xurídicas que desempeñen unha actividade económica ou profesional como consecuencia do exercicio desta, e fixa como tales datas o 2 de xaneiro ou o 1 de xullo seguinte ao da súa aprobación. Non obstante, prevese a inaplicación

de tal réxime aos reais decretos leis, así como nos supostos nos que o cumprimento do prazo de transposición de directivas ou outras razóns xustificadas aconsellen tal inaplicación, o que deberá quedar debidamente acreditado na memoria.

A fixación de datas concretas de entrada en vigor de normas que afecten a pequenas ou medianas empresas, baseada no concepto *Common Commencement Dates*, procedente do Reino Unido, recóllese na Comunicación da Comisión ao Consello, ao Parlamento Europeo, ao Comité Económico e Social Europeo e ao Comité das Rexións, “pensar primeiro a pequena escala - *Small Business Act* para Europa, iniciativa en favor das pequenas empresas”, do 25 de xuño de 2008, na cal se establece o compromiso da Comisión de aplicar, cando proceda, datas de entrada en vigor comúns para a lexislación e as decisións que afecten ás empresas, e invítase aos Estados membros a consideraren a utilidade de introducir estas medidas. Agora ben, como apuntou o Consello de Estado no seu Ditame núm. 275/2015, do 29 de abril, sobre o anteproxecto de lei do procedemento administrativo común das administracións públicas, non se trata dun réxime de entrada en vigor de “implantación común e xeneralizada”, ademais de non estar exento de problemas, fundamentalmente derivados da necesidade dunha delimitación clara e axeitada do seu ámbito de aplicación e das exclusións, así como por entenderse que o réxime de entrada en vigor das normas é algo que procede valorar en cada caso, coa finalidade de establecer o que mellor permita cumprir coas prescricións e acadar os fins que pretendan lograrse.

Seguindo co contido do artigo 131, si que é nova a inclusión da posibilidade de que as administracións públicas establezan outros medios de publicidade das normas, entendidos estes como complementarios e non, polo tanto, substitutivos da publicación no diario oficial. Entre outros medios de publicidade, poden citarse os previstos na normativa en materia de transparencia. Así, no ámbito da Comunidade Autónoma de Galicia, o artigo 9 da Lei 1/2016, do 18 de xaneiro, de transparencia e bo goberno, imponlles á Administración xeral da Comunidade Autónoma e ás entidades instrumentais integrantes do sector público autonómico a obriga de publicar, nas correspondentes sedes electrónicas ou páxinas web, a relación da

normativa vixente na súa versión consolidada. No ben entendido sentido de que tal publicidade non condiciona a entrada en vigor das normas, senón que responde á finalidade de lle dar transparencia á normativa que xa se atopa vixente.

A maior abastanza, a incorporación das novas tecnoloxías pon ao alcance das administracións outros mecanismos, diferentes do soporte papel, para cumprir co mandato constitucional de publicidade das normas. Nesta liña, os restantes parágrafos do precepto aluden aos efectos da publicación dos diarios e boletíns oficiais nas sedes electrónicas, e son transcripción literal do disposto no artigo 11 da Lei 11/2007, do 22 de xuño, de acceso electrónico dos cidadáns aos servizos públicos.

Así, o segundo parágrafo do precepto atribúelle a tal publicación os mesmos efectos que os conferidos á edición impresa, “nas condicións e coas garantías que cada Administración pública determine”. No que atinxe ao *Diario Oficial de Galicia*, debe terse en conta o indicado no Decreto 198/2010, do 2 de decembro, polo que se regula o desenvolvemento da Administración electrónica na Xunta de Galicia e nas entidades dela dependentes. Este decreto ten por obxecto, entre outras materias, a creación da edición electrónica do *Diario Oficial de Galicia* (artigo 1), e prevese no seu artigo 13 que a dita edición electrónica terá carácter oficial, auténtico e único, nas condicións e coas garantías que se determinan neste decreto e nas disposicións específicas que se diten para o seu desenvolvemento (fundamentalmente, na Orde da Consellería de Presidencia, Administracións Públicas e Xustiza, do 28 de abril de 2011, pola que se regula a edición electrónica do *Diario Oficial de Galicia* e se determina a súa posta en funcionamento).

Por último, ao suposto concreto da publicación do *Boletín Oficial do Estado* na sede electrónica se refire o último parágrafo do precepto, que prevé que tal publicación terá carácter oficial e auténtico “nas condicións e coas garantías que se determinen regulamentariamente”. Actualmente, as condicións e garantías mencionadas son as contidas no Real decreto 181/2008, do 8 de febreiro, de ordenación do diario oficial *Boletín Oficial do Estado* (en especial, artigos 10 e seguintes).

**REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Resolución do 28 de xullo de 2005, da Subsecretaría, pola que se dá publicidade ao Acordo do Consello de Ministros, do 22 de xullo de 2005, polo que se aproban as Directrices de técnica normativa.

Resolución do 5 de novembro de 2014, da Dirección Xeral da Ase-soría Xurídica Xeral, pola que se ordena a publicación do Acordo do Consello da Xunta de Galicia do 30 de outubro de 2014, polo que se aproban as Directrices de técnica normativa.

Ditame núm. 275/2015, do 29 de abril, sobre o anteproxecto de Lei do procedemento administrativo común das administracións públicas, do Consello do Estado.

Ditame núm. 129/2015, do 22 de abril, sobre o proxecto de decreto polo que se establece o currículo do ciclo formativo de grao superior correspondente ao título de técnico superior de Artes Plásticas e Deseño en Ilustración, do Consello Consultivo de Galicia.

Ditame núm. 207/2015, do 30 de xuño, sobre o proxecto de decreto polo que se aproba o Regulamento de organización e funcionamento do Consello de Comunidades Galegas, do Consello Consultivo de Galicia.

Comunicación da Comisión ao Consello, ao Parlamento Europeo, ao Comité Económico e Social Europeo e ao Comité das Rexións, “Pensar primeiro a pequena escala, Small Business Act para Europa: Iniciativa en favor das pequenas empresas”, do 25 de xuño de 2008.

Recomendación do Consello da OCDE sobre política e gobernanza regulamentaria (2012).

Comunicación da Comisión ao Parlamento Europeo, ao Consello, ao Comité Económico e Social Europeo e ao Comité das Rexións sobre normativa intelixente na Unión Europea, do 8 de outubro de 2010.

Comunicación da Comisión ao Parlamento Europeo, ao Consello, ao Comité Económico e Social Europeo e ao Comité das Rexións, *Better regulation for better results - An EU agenda*, do 19 de maio de 2015.

*Spain: From Administrative Reform to Continuous Improvement* (2014).  
*Better Regulation simply explained* (2006).

Fortes González, A. I. “De la iniciativa legislativa y de la potestad reglamentaria. En especial, la mejora reglamentaria”, en *Instituciones de procedimiento administrativo común. Novedades de la Ley 39/2015*, Juruá, 2016.

González Pérez, J. e González Navarro, F. *Comentarios a la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común*, Civitas, 2012.

### **Artigo 132. Planificación normativa**

1. *Anualmente, as administracións públicas farán público un plan normativo que conterà as iniciativas legais ou regulamentarias que vaian ser tramitadas para a súa aprobación no ano seguinte.*

2. *Unha vez aprobado, o plan anual normativo publicarase no Portal da Transparencia da Administración Pública correspondente.*

#### **COMENTARIO:**

Como se sinalou no comentario ao artigo 130, un dos piares nos que a nova lei basea a mellora normativa, xunto aos principios de boa regulación previstos no artigo 129, é a necesidade dunha axeitada análise do impacto das normas que haberá de realizarse de forma continua, tanto *ex ante* coma *ex post*. Centrarémonos aquí na análise *ex ante*, pois é esta a regulada no artigo 132 da lei.

Trátase dunha medida que segue a liña das orientacións vixentes no dereito comparado, en especial as impulsadas no ámbito da Unión Europea dentro da denominada normativa intelixente. Neste sentido, sinala a exposición de motivos da lei:

“(…) no seo da Comisión Europea e da Organización para a Cooperación e o Desenvolvemento Económicos, avanzouse na mellora da produción normativa (*Better regulation* e *Smart regulation*). Os diversos informes internacionais sobre a materia definen a regulación intelixente como un marco xurídico de calidade que permite o cumprimento dun obxectivo regulamentario, á vez que ofrece os incentivos axeitados para dinamizar a actividade económica, permite simplificar procesos e

reducir cargas administrativas. Para iso, resulta esencial unha axeitada análise de impacto das normas de forma continua, tanto *ex ante* coma *ex post* (...).

Tendo en conta estes antecedentes, a lei imponse ás administracións públicas, no artigo 132, a obriga de publicar anualmente un plan normativo. Trátase, pois, de que aquelas efectúen unha planificación normativa *ex ante* “a prol dunha maior seguridade xurídica e a predictibilidade do ordenamento” (exposición de motivos da Lei 39/2015, do 1 de outubro). En efecto, a dita planificación permitirá que os cidadáns poidan coñecer de antemán que unha determinada materia, en principio, vai ser obxecto de regulación, de modificación ou mesmo de derogación, de xeito que poidan predispoñer a súa participación no correspondente procedemento de elaboración normativa. No ben entendido sentido de que a publicidade do dito plan non pode entenderse como substitutiva da participación que, respecto de cada iniciativa normativa en concreto, deben ter os cidadáns conforme ao previsto no artigo 133 da lei.

A regulación do precepto é moi parca e limítase a recoller previsións relativas ao contido do plan, á súa periodicidade e á esixencia de publicidade.

No que atinxe ao contido, o plan deberá incluír as “iniciativas legais ou regulamentarias” que se prevexan aprobar no ano seguinte. Cabe entender que se atopan comprendidas non só as iniciativas relativas á aprobación de regulamentos e de normas con rango de lei, senón tamén os proxectos de lei que se pretendan tramitar para a súa aprobación e posterior remisión ao Parlamento estatal ou autonómico. Así se desprende da exposición de motivos da lei, na que se alude a “propostas con rango de lei ou de regulamento”.

Por maior abastanza, cabe entender que parte do contido do plan deberá consistir en recoller iniciativas normativas tendentes a cumprir cos resultados que resulten da avaliación *ex post*, regulada no artigo 130 da lei; isto é, dirixidas a adaptar á normativa vixente aos principios de boa regulación previstos no artigo 129 da lei, así como a impulsar aquelas modificacións normativas (tales como aprobación de novas normas, modificacións ou derogacións de normas



existentes ou tarefas de refundición normativa) que sexa necesario introducir, pois só así, mediante a interrelación entre a planificación normativa e a avaliación *ex post*, poderá cumprirse plenamente a finalidade dunha revisión e mellora normativa continua pretendida pola nova lei.

Agora ben, pola súa propia natureza, o dito plan non terá carácter vinculante, de xeito que o feito de que algunha das iniciativas normativas planificadas non chegue a bo fin carecerá de consecuencias xurídicas. Pola mesma razón, debe entenderse posible a elaboración e a aprobación de iniciativas normativas que non estean previstas no dito plan, sen prexuízo de que en tales casos proceda xustificar no expediente tal circunstancia. Esta é a liña seguida no ámbito da Administración estatal, como se desprende dos artigos 25.3 e 28.1 da Lei 50/1997, do 27 de novembro, do Goberno, na redacción dada pola Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público (en diante, LRXSP).

Xunto ao anterior, a lei impón unha periodicidade anual do plan, así como a esixencia de darlle publicidade, como manifestación do principio de transparencia. A lei soamente recolle unha forma de publicidade, a través do portal de transparencia da Administración pública correspondente (artigo 10 da Lei 19/2013, do 9 de decembro, de transparencia, acceso á información pública e bo goberno e, no caso da Comunidade Autónoma de Galicia, artigo 29 da Lei 1/2016, do 18 de xaneiro, de transparencia e bo goberno), o que non impide que, xunto a esta publicidade, o dito plan poida darse a coñecer a través de calquera outros medios que garantan unha ampla difusión del, como medida adicional de fomento da transparencia.

Polo demais, dada a escasa regulación legal, será necesario que as diferentes administracións diten normas que concreten aspectos tales como: a determinación do órgano ou órganos competentes para a elaboración e a aprobación do plan; o procedemento de elaboración (pode optarse por unha elaboración exclusivamente *ad intra* ou ben pola previsión de canles de participación cidadá de cara á formulación de achegas sobre posibles iniciativas normativas susceptibles de ser incorporadas ao plan) e os prazos para a súa formulación e apro-

bación. Neste sentido, a disposición adicional sétima da Lei 1/2016, do 18 de xaneiro, de transparencia e bo goberno, encomenda á Xunta de Galicia regular os mecanismos de planificación normativa derivados das recomendacións europeas sobre *better regulation*.

Como concreción da previsión do artigo 132 da lei, no ámbito da Administración xeral do Estado, o artigo 25 da Lei 50/1997, do 27 de novembro, do Goberno (na redacción dada pola LRXSP) regula o plan anual normativo. Como principal aspecto que convén destacar cabe referirse á esixencia de xustificación na memoria de análise de impacto normativo de toda iniciativa normativa que non se recolla no dito plan, o que confirma o carácter meramente orientador e non vinculante deste plan. Tamén resulta de interese a previsión relativa á designación dun ministerio coas funcións de coordinación das iniciativas normativas propostas para a súa inclusión no plan, co fin de velar pola congruencia e pola evitación de excesivas modificacións no réxime xurídico aplicable a determinados sectores ou actividades nun curto período de tempo.

#### **REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Comunicación da Comisión ao Parlamento Europeo, ao Consello, ao Comité Económico e Social Europeo e ao Comité das Rexións sobre normativa intelixente na Unión Europea, do 8 de outubro de 2010.

Comunicación da Comisión ao Parlamento Europeo, ao Consello, ao Comité Económico e Social Europeo e ao Comité das Rexións, *Better regulation for better results - An EU agenda*, do 19 de maio de 2015.

Ditame núm. 275/2015, do 29 de abril, sobre o anteproxecto de lei do procedemento administrativo común das administracións públicas, do Consello de Estado.

*Spain: From Administrative Reform to Continuous Improvement* (2014).  
*Better Regulation simply explained* (2006).

Recomendación do Consello da OCDE sobre política e gobernanza regulamentaria (2012).

Burgar Arquimbau, J. M. “Adaptación de la normativa municipal al nuevo procedimiento administrativo: modificación de ordenanzas y reglamentos locales”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm.º 8, Sección Opinión, quincena do 30 abril ao 14 de maio de 2016, ref. 913/2016, páx. 913, Editorial Wolters Kluwer.

Fortes González, A. I. “De la iniciativa legislativa y de la potestad reglamentaria. En especial, la mejora regulamentaria”, en *Instituciones de procedimiento administrativo común. Novedades de la Ley 39/2015*, Juruá, 2016.

### **Artigo 133. Participación dos cidadáns no procedemento de elaboración de normas con rango de lei e regulamentos**

1. Con carácter previo á elaboración do proxecto ou anteprojecto de lei ou de regulamento, efectuarase unha consulta pública, a través do portal web da Administración competente, na que se pedirá a opinión dos suxeitos e das organizacións máis representativas potencialmente afectados pola futura norma acerca:

- a) Dos problemas que se pretenden solucionar coa iniciativa.
- b) Da necesidade e oportunidade da súa aprobación.
- c) Dos obxectivos da norma.
- d) Das posibles solucións alternativas regulatorias e non regulatorias.

2. Sen prexuízo da consulta previa á redacción do texto da iniciativa, cando a norma afecte os dereitos e intereses lexítimos das persoas, o centro directivo competente publicará o texto no portal web correspondente, co obxecto de dar audiencia aos cidadáns afectados e solicitar cantas achegas adicionais poidan facer outras persoas ou entidades. Así mesmo, poderá tamén pedirse directamente a opinión das organizacións ou asociacións recoñecidas por lei que agrupen ou representen as persoas cuxos dereitos ou intereses lexítimos se vexan afectados pola norma e cuxos fins garden relación directa co seu obxecto.

3. A consulta, audiencia e información públicas reguladas neste artigo deberán realizarse de forma tal que os potenciais destinatarios da norma e os que realicen achegas sobre ela teñan a posibilidade de emitir a súa

*opinión, para o cal se deberán pór á súa disposición os documentos necesarios, que serán claros e concisos e reunirán toda a información precisa para poder pronunciarse sobre a materia.*

*4. Poderá prescindirse dos trámites de consulta, audiencia e información públicas previstos neste artigo no caso de normas orzamentarias ou organizativas da Administración xeral do Estado, a Administración autonómica, a Administración local ou das organizacións dependentes ou vinculadas a estas, ou cando concorran razóns graves de interese público que o xustifiquen.*

*Cando a proposta normativa non teña un impacto significativo na actividade económica, non impoña obrigas relevantes aos destinatarios ou regule aspectos parciais dunha materia, poderá omitirse a consulta pública regulada no número primeiro. Se a normativa reguladora do exercicio da iniciativa lexislativa ou da potestade regulamentaria por unha Administración prevé a tramitación urxente destes procedementos, a eventual excepción do trámite por esta circunstancia axustarase ao previsto naquela.*

#### **COMENTARIO:**

O último piar sobre o que se asenta a mellora normativa perseguida pola Lei 39/2015, do 1 de outubro, do procedemento administrativo común das administracións públicas (en diante, LPACAP), xunto aos principios de boa regulación e á análise normativa *ex ante* e *ex post*, constitúe o reforzamento da participación cidadá no procedemento de elaboración normativa.

Conforme ao artigo 105.a) da Constitución española, a lei regulará a audiencia dos cidadáns, directamente ou a través das organizacións e asociacións recoñecidas pola lei, no procedemento de elaboración das disposicións administrativas que lles afecten.

A lei estende a participación cidadá, respecto da constitucionalmente prevista, nun dobre sentido: no que atinxe aos procedementos de elaboración normativa nos que é aplicable tal participación (que non quedan limitados aos de elaboración de normas regulamentarias) e respecto aos trámites a través dos cales debe canalizarse a dita participación (que non se limitan ao trámite de audiencia).

En primeiro lugar, respecto dos procedementos de elaboración normativa incluídos no ámbito de aplicación do precepto, o artigo non é neste punto o preciso que sería desexable, pois mentres que no seu título alude a “normas con rango de lei e regulamentos”, no seu número 1 refírese a “proxecto ou anteprojecto de lei ou de regulamento”. Cabe entender que quedan incluídos os supostos de elaboración de proxectos de lei, de decretos legislativos (sen prexuízo de que neste caso a operatividade dos trámites de participación cidadá sexa limitada, tendo en conta a imposibilidade de innovación normativa no caso dos textos refundidos e a necesidade de axustarse ás bases fixadas polo legislativo, no caso de textos articulados) e de regulamentos (ditados no exercicio tanto da potestade regulamentaria orixinaria coma derivada). En relación cos decretos leis, dado o seu presuposto habilitante consistente na concorrencia dunha “extraordinaria e urxente necesidade” (artigo 86.1 da Constitución española), na maior parte dos casos será invocable a excepción do artigo 133.4 da lei consistente na concorrencia de “graves razóns de interese público”. Nesta liña, na regulación prevista para o ámbito da Administración estatal, os decretos leis quedan expresamente exceptuados dos trámites de participación cidadá (artigo 26.11 da Lei 50/1997, do 27 de novembro, do Goberno, na redacción dada pola Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público, en diante LRXSP).

En segundo lugar, o precepto distingue tres trámites de participación cidadá: a consulta previa, a audiencia e a información pública.

Comezando pola consulta previa, unha das principais novidades da lei consiste na esixencia da realización dunha consulta pública en liña, a través do portal web da Administración correspondente, destinada a que poidan opinar sobre a hipotética futura regulación os suxeitos e as organizacións máis representativas potencialmente afectados por ela (en concreto, sobre os seguintes extremos: os problemas que se pretenden solucionar coa norma; a necesidade, a oportunidade e os obxectivos desta e a existencia de posibles solucións alternativas, tanto regulatorias coma non regulatorias). A dita consulta deberá realizarse “con carácter previo á elaboración” do proxecto normativo, o que permitirá que poidan terse en conta na redac-

ción deste as posibles achegas que se formulen. Para que a consulta previa poida cumprir axeitadamente coa súa finalidade é preciso que se subministre información suficiente sobre a futura regulación. Así se desprende da mención expresa que o número 3 do artigo, que se comenta máis adiante, efectúa ao trámite de consulta.

Os supostos nos que poderá prescindirse deste trámite enuméranse no número 4. Algúns deles son comúns aos demais trámites de participación cidadá que recolle a lei (que se trate de normas orzamentarias ou organizativas ou que concorran razóns graves de interese público) mentres que outros, en cambio, só son aplicables ao trámite de consulta previa. Centrándonos agora nestes últimos, a lei alude aos casos nos que a norma proxectada “non teña impacto significativo na actividade económica, non impoña obrigas relevantes aos destinatarios ou regule aspectos parciais dunha materia”. O precepto manexa conceptos xurídicos indeterminados, cuxa maior concreción sería desexable que se efectuase no propio texto legal. Deberá, pois, estarse a cada caso particular e incorporarse ao expediente unha cumprida xustificación da omisión do trámite que nos ocupa ao amparo dalgún de tales supostos. Finalmente, o precepto alude á posible excepción deste trámite no caso da tramitación urxente do procedemento. Agora ben, non se trata dunha excepción directamente regulada no texto legal, senón que deberá estarse ao que preveza para este efecto a normativa reguladora do correspondente procedemento de elaboración normativa. Así, por exemplo, no ámbito da Administración estatal, o artigo 27.2.b) da Lei 50/1997, do 27 de novembro, do Goberno, na redacción dada pola LRXSP, exceptúa expresamente este trámite no caso de tramitación urxente de iniciativas normativas.

O número 2 do precepto, aínda que nunha redacción pouco clara e precisa, alude aos trámites de audiencia e de información pública, “cando a norma afecte os dereitos e intereses lexítimos das persoas”. O precepto prevé a publicación do texto na páxina web como forma de lles dar audiencia ás persoas afectadas e tamén de solicitar achegas adicionais doutras persoas ou entidades, e engade a referencia, en termos potestativos (“poderá tamén solicitarse directamente”), á audiencia a través de organizacións ou asociacións recoñecidas pola

lei que agrupen ou representen ás persoas afectadas pola norma e cuxos fins garden relación directa co seu obxecto.

A previsión legal, nos seus estritos termos literais, non garda correspondencia coa reiterada doutrina xurisprudencial (recollida, entre outras, na STS do 24 de marzo de 2010) conforme a cal resulta innegable que, tras a Constitución, o trámite de audiencia está consagrado como unha das garantías básicas no procedemento de elaboración das disposicións administrativas que afecten os cidadáns, directamente ou a través das organizacións recoñecidas pola lei, o que constitúe un requisito esencial para a validez do resultado do procedemento (cuxo incumprimento implica a nulidade da disposición en cuestión). O seu significado é que os cidadáns afectados ou as organizacións representativas aos que se refire o precepto constitucional sexan escoitados no correspondente trámite de alegacións. Por maior abastanza, respecto destas últimas, aínda que tradicionalmente a xurisprudencia considerou que a audiencia era só preceptiva para asociacións ou organizacións que non fosen de carácter voluntario, pero non cando se trataba de asociacións voluntarias de natureza privada, a dita doutrina foi matizada no sentido de considerar que a esixencia de ser oídas se estende, así mesmo, cando se trata de suxeitos asociativos cun interese cualificado que se ven directa, inmediata e negativamente afectados polo novo regulamento; cando os ditos suxeitos son suficientemente coñecidos pola Administración (ou, *a fortiori*, foron previamente interlocutores desta en relación coa materia normativa correspondente); cando o regulamento ten un ámbito espacial e material ben preciso e determinado cuxo impacto no sector da actividade é obvio e incide dun modo singular nun grupo de afectados previamente delimitado e, en fin, cando a propia Administración teña aberto de oficio o trámite de audiencia para outras asociacións privadas representativas dos intereses opostos aos da entidade asociativa non oída (por todas, STS do 2 de decembro de 2008, e nas que nela se citan). A xurisprudencia destacou, así mesmo, a diferenza entre a audiencia e a información pública (malia que sobre a base do artigo 24 da Lei 50/1997, do 27 de novembro, do Goberno, ao que a LRXSP lle dá unha nova redacción), sinalando que a primeira, preceptiva sempre que a norma afecte a dereitos e intereses lexítimos das

persoas, pode levarse a cabo ben de forma directa, ben a través das organizacións e asociacións representativas recoñecidas na lei, en tanto que a segunda, que vai encamiñada a oír á xeneralidade dos cidadáns, resulten ou non afectados os seus dereitos ou intereses lexítimos, só procede nos casos en que a natureza da disposición o aconselle (entre outras, as SSTS do 12 de febreiro de 2002 e do 14 de febreiro de 2011). Non é, polo tanto, que poida optarse entre audiencia pública e audiencia directa aos afectados. Nesta liña, o Consello de Estado, no seu Ditame núm. 275/2015, do 29 de abril, sobre o anteproxecto de lei do procedemento administrativo común das administracións públicas, pronunciouse de xeito desfavorable á alternativa entre audiencia e información pública, ao entender que a audiencia, sexa directa, sexa a través de organizacións ou asociacións representativas, debe concederse sempre por imperativo de diversos preceptos constitucionais (artigos 9.2 e 105 da Constitución española), salvo graves razóns de interese público que xustifiquen a súa omisión.

De acordo co exposto, a interpretación máis prudente e respectuosa coa doutrina xurisprudencial mencionada levaría a continuar diferenciando ambos os trámites, cando menos no procedemento de elaboración regulamentaria (ao ser este ao que especificamente alude o artigo 105.a) do texto constitucional), de xeito que, xunto á publicación do texto na páxina web, a audiencia se curse ben de maneira directa (mediante notificación persoal ás persoas afectadas) ou a través das organizacións ou asociacións representativas (entendidas estas conforme á doutrina xurisprudencial antes exposta). Convén salientar que, no ámbito da Comunidade Autónoma de Galicia, e para o caso concreto do procedemento de elaboración de disposicións administrativas de carácter xeral, haberá de estarse ao indicado na Lei 16/2010, do 17 de decembro, de organización e funcionamento da Administración xeral e do sector público autonómico de Galicia (en diante, Lofaxga) na que, conforme á doutrina exposta, se prevé a audiencia ás persoas afectadas, directamente ou a través das organizacións e asociacións recoñecidas pola lei que agrupen ou representen, trámite que se diferencia do de información pública e do de participación da cidadanía en xeral (artigo 42.3 e 4). Hai que ter en conta, neste sentido, que a regulación do artigo



133 da LPACAP é básica e, polo tanto, as comunidades autónomas, respectando tales bases, poden prever maiores esixencias.

O número 4 enumera os supostos nos que poderá prescindirse dos trámites de participación cidadá regulados no precepto: cando se trate de normas orzamentarias ou organizativas ou se concorren razóns graves de interese público (estas dúas últimas excepcións recóllense xa, respecto do procedemento de elaboración de disposicións de carácter xeral no ámbito da Comunidade Autónoma galega, no artigo 42.5 e 6 da Lofaxga). Como tales excepcións, han de ser interpretadas de xeito restritivo e a súa aplicación esixirá a inclusión da debida xustificación no expediente de elaboración da norma. Neste sentido, cómpre facer referencia á doutrina xurisprudencial conforme á cal deben entenderse por regulamentos organizativos exclusivamente os que se limitan a extraer consecuencias organizativas (especialmente no ámbito da distribución de competencias e organización dos servizos e das potestades), cunha eficacia meramente interna (*ad intra*), de xeito que o trámite de audiencia non debe ser excepciónado cando a disposición excede esa eficacia meramente organizativa interna, e é susceptible de proxectarse con efectos *ad extra* (por exemplo, pode afectar os dereitos e/ou os deberes dos administrados). Neste sentido resultan de interese, entre outras, a STS do 27 de maio de 2002, ou a STS do 6 de abril de 2004, e nas que nela se mencionan. Seguindo esta doutrina xurisprudencial, o artigo 42.6 da Lofaxga alude, de xeito máis preciso, como excepción aos trámites de audiencia e de información pública nos procedementos de elaboración de disposicións de carácter xeral, aos proxectos “puramente organizativos”.

Tal formulación (eficacia meramente interna como fundamento da excepción dos trámites de participación cidadá) procedería extrapolala á aplicación da excepción relativa ás normas orzamentarias.

Polo demais, como esixencia común a todos os trámites de participación cidadá contidos no precepto, e para que estes poidan cumprir coa súa finalidade, o número 3 esixe a posta á disposición dos documentos necesarios para ter unha información clara, concisa e completa sobre a iniciativa normativa. Ademais, deberá precisarse

se a forma de efectuar as achegas e o prazo para facelo. Sobre esta cuestión, a lei non fixa un prazo mínimo de duración dos trámites de participación cidadá que regula, pero debe entenderse que este non poderá ser tan reducido que impida, na práctica, que os ditos trámites poidan cumprir a súa finalidade. Neste sentido, para o caso concreto da Comunidade Autónoma de Galicia, o artigo 42 da Lofaxga fixa, respecto dos trámites de audiencia e de información pública no seo do procedemento de elaboración de disposicións administrativas de carácter xeral, un prazo mínimo de quince días hábiles, susceptible de ser abreviado a un mínimo de sete días hábiles cando razóns debidamente motivadas así o xustifiquen. Esta é tamén a liña seguida, respecto de tales trámites e no seo do procedemento de elaboración de normas con rango de lei e de regulamentos no ámbito da Administración estatal, polo artigo 26.6 da Lei 50/1997, do 27 de novembro, do Goberno (na redacción dada pola LRXSP, precepto que recolle, no seu número 2, respecto do novo trámite de consulta previa, un prazo mínimo de quince días naturais).

A documentación xustificativa da realización dos trámites de participación cidadá previstos no precepto deberá incorporarse de xeito completo ao expediente, co fin de que quede constancia da súa realización, e as diferentes achegas realizadas deberán ser obxecto dunha valoración na que se fundamente a súa aceptación ou rexeitamento.

Para rematar, cómpre advertir da existencia das obrigas concretas de publicidade dos procedementos de elaboración normativa impostas pola normativa en materia de transparencia (artigo 7 da Lei 19/2013, do 9 de decembro, de decembro, de transparencia, acceso á información pública e bo goberno; e, no ámbito da Comunidade Autónoma de Galicia, o artigo 9.c) da Lei 1/2016, do 18 de xaneiro, de transparencia e bo goberno), as cales non se limitan aos supostos nos que as normas afecten a “dereitos e intereses lexítimos das persoas”.

#### **REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Sentenza do 12 de febreiro de 2002 do Tribunal Supremo (Sala 3.<sup>a</sup> do Contencioso-Administrativo, Sección 6.<sup>a</sup>), recurso de casación núm. 160/2000.

Sentenza do 27 de maio de 2002 do Tribunal Supremo (Sala 3.<sup>a</sup> do Contencioso-Administrativo, Sección 4.<sup>a</sup>), recurso de casación núm. 666/1996.

Sentenza 2 de decembro de 2008 do Tribunal Supremo (Sala 3.<sup>a</sup> do Contencioso-Administrativo, Sección 3.<sup>a</sup>), recurso de casación núm. 1997/2006.

Sentenza do 24 de marzo de 2010 do Tribunal Supremo (Sala 3.<sup>a</sup> do Contencioso-Administrativo, Sección 3.<sup>a</sup>), recurso de casación núm. 32/2008.

Sentenza do 14 de febreiro de 2011 do Tribunal Supremo (Sala 3.<sup>a</sup> do Contencioso-Administrativo, Sección 5.<sup>a</sup>), recurso de casación núm. 225/2006.

Ditame núm. 275/2015, do 29 de abril, sobre o anteproxecto de lei do procedemento administrativo común das administracións públicas, do Consello de Estado.

Memoria do Consello Consultivo de Galicia do ano 2011.

Fortes González, A. I. “De la iniciativa legislativa y de la potestad reglamentaria. En especial, la mejora reglamentaria”, en *Instituciones de procedimiento administrativo común. Novedades de la Ley 39/2015*, Juruá, 2016.

Sala Atienza, P. “El Reglamento. El decreto legislativo y su impugnación jurisprudencial”, en *Las instituciones del derecho administrativo en la jurisprudencia*, Bosch, 2011.

## **Disposición adicional primeira. Especialidades por razón da materia**

1. Os procedementos administrativos regulados en leis especiais por razón da materia que non esixan algún dos trámites previstos nesta lei ou regulen trámites adicionais ou distintos rexeranse, respecto destes, polo disposto nas ditas leis especiais.

2. As seguintes actuacións e procedementos rexeranse pola súa normativa específica e supletoriamente polo disposto nesta lei:

- a) *As actuacións e os procedementos de aplicación dos tributos en materia tributaria e alfandegueira, así como a súa revisión en vía administrativa.*
- b) *As actuacións e os procedementos de xestión, inspección, liquidación, recadación, impugnación e revisión en materia de seguridade social e desemprego.*
- c) *As actuacións e os procedementos sancionadores en materia tributaria e alfandegueira, na orde social, en materia de tráfico e seguranza viaria e en materia de estranxeiría.*
- d) *As actuacións e os procedementos en materia de estranxeiría e asilo.*

#### **COMENTARIO:**

O obxecto da lei, como se desprende do seu título e do disposto no seu artigo 1.1, é a regulación do procedemento administrativo común das administracións públicas.

Conforme reiterada doutrina xurisprudencial (por todas, SSTC 227/1988, do 27 de novembro; 98/2001, do 5 de abril; 130/2013, do 4 de xuño; 166/2014, do 22 de outubro ou a máis recente STC 87/2016, do 28 de abril), o adxectivo “común” utilizado no artigo 149.1.18 da Constitución española leva a entender que o que o precepto constitucional quere reservar en exclusiva ao Estado é a determinación dos principios ou normas que, por un lado, definen a estrutura xeral do *iter* procedemental que ha de seguirse para a realización da actividade xurídica da Administración e, por outro, prescriben a forma de elaboración, os requisitos de validez e eficacia, os modos de revisión e os medios de execución dos actos administrativos, incluídas sinaladamente as garantías xerais dos particulares no seo do procedemento. Agora ben, sen prexuízo do obrigado respecto a eses principios e regras do “procedemento administrativo común”, coexisten numerosas regras especiais de procedemento aplicables á realización de cada tipo de actividade administrativa *ratione materiae*. A competencia para a regulación de tales procedementos administrativos especiais non é exclusiva do Estado, senón conexas á que, respectivamente, o Estado ou as comunidades autónomas teñen para

a regulación do réxime substantivo de cada actividade ou servizo da Administración. En consecuencia, cando a competencia lexislativa sobre unha materia foi atribuída a unha comunidade autónoma, a esta correspóndelle tamén a aprobación das normas de procedemento administrativo destinadas a executala, malia que deberán respectarse as regras do procedemento establecidas na lexislación do Estado dentro do ámbito das súas competencias. Por maior abastanza, o Tribunal Constitucional admitiu, así mesmo, que en virtude do artigo 149.1.18 da Constitución española, o Estado estableza normas comúns de procedemento específicas para procedementos administrativos *ratione materiae* (así, por exemplo, en materia subvencional, STC 130/2013, do 4 de xuño).

A Lei 39/2015, do 1 de outubro, do procedemento administrativo común das administracións públicas (en diante, LPACAP) faise eco desta doutrina constitucional e reconece expresamente, na súa exposición de motivos, que a regulación nela contida non “esgota as competencias estatais e autonómicas para establecer especialidades *ratione materiae* ou para concretar certos extremos”.

A lei refírese a estes procedementos especiais na disposición adicional primeira.

Por unha banda, o número 1 alude, en xeral, a aqueles procedementos administrativos regulados en leis especiais nos que non se esixan algún dos trámites contidos na LPACAP, ou se recollan trámites adicionais ou distintos aos recollidos nela, e prevé que tales trámites se axustarán ao indicado nas ditas leis especiais. O disposto neste número 1 debe conectarse co indicado nos artigos 1.2 e 129.4, parágrafo segundo, da lei, dos que se desprende a esixencia de que a introdución de trámites adicionais ou distintos debe efectuarse nunha lei e motivarse tal introdución desde a perspectiva dos principios de eficacia, proporcionalidade e necesidade, tendo en conta a materia ou os fins perseguidos coa nova regulación (respecto destas esixencias remitímonos ao comentario ao artigo 1). O anterior enténdese sen prexuízo de que regulamentariamente poidan concretarse certas especialidades do procedemento relativas á identi-

ficación dos órganos competentes, prazos, formas de iniciación e terminación, publicación e informes que poden ser solicitados.

Agora ben, a esixencia contida nos artigos 1.2 e 129.4 só será aplicable ás leis que introduzan trámites adicionais ou distintos aos previstos na LPACAP, con posterioridade á entrada en vigor desta. As leis xa vixentes nese momento seguirán aplicándose. Este é o entendemento que procede dar á previsión do número 1 da disposición adicional primeira, segundo se desprende da exposición de motivos da lei, na que se indica expresamente que a previsión do artigo 1.2 “non afecta os trámites adicionais ou distintos xa recollidos nas leis especiais vixentes, nin a concreción que, en normas regulamentarias, se producise dos órganos competentes, os prazos propios do concreto procedemento por razón da materia, as formas de iniciación e terminación, a publicación dos actos ou os informes que se han solicitar”. De feito, na dita exposición de motivos faise referencia expresa ao mantemento da vixencia do anexo 2 ao que se refire a disposición adicional vixésimo novena da Lei 14/2000, do 29 de decembro, de medidas fiscais, administrativas e de orde social, que establece unha serie de procedementos excepcionados da regra xeral do silencio administrativo positivo.

En suma, tras a entrada en vigor da LPACAP, seguirán vixentes aqueles trámites, adicionais ou distintos aos contidos nela, xa previstos en leis especiais por razón da materia. Con posterioridade á dita entrada en vigor, o establecemento de especialidades procedementais *ratione materiae* consistentes en trámites, sexan adicionais ou sexan distintos aos contidos naquela, deberá efectuarse nunha lei, coa xustificación esixida nos artigos 1.2 e 129.4 (salvo que se trate daquelas especialidades que, conforme ao segundo inciso do artigo 1.2, poidan establecerse vía regulamentaria).

En segundo lugar, o número 2 da disposición adicional primeira recolle unha relación de procedementos respecto dos cales se prevé expresamente que a LPACAP só será de aplicación supletoria no non previsto na normativa específica reguladora do procedemento correspondente. Tal enumeración non constitúe unha novidade, xa que a Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das admi-

nistracións públicas e do procedemento administrativo común (en diante, LRX-PAC), recollía, en boa media, regras similares. Así:

- a) A lei alude ás actuacións e aos procedementos de aplicación de tributos, á súa revisión en vía administrativa e ás actuacións e aos procedementos sancionadores en materia tributaria. Aos procedementos administrativos en materia tributaria xa facía referencia a disposición adicional quinta da LRX-PAC, prevendo tamén a súa aplicación supletoria, en defecto de norma tributaria aplicable. A dita prelación de fontes é, así mesmo, a prevista no artigo 7 da Lei 58/2003, do 17 de decembro, xeral tributaria (prelación que continúa xa a anterior Lei 230/1963, do 28 de decembro). En suma, a atribución de carácter supletorio ás normas do procedemento administrativo común respecto das do procedemento tributario foi tradicional designio do lexislador, así como doutrina xurisprudencial reiterada, sobre a base de que, aínda que procedementos administrativos ambos, o ámbito do dereito tributario ten unhas particularidades propias que, en certos aspectos, o separan do sistema administrativo xeral (neste sentido, STS do 4 de decembro de 1998).
- b) A lei prevé, así mesmo, a súa aplicación supletoria no non previsto na normativa específica respecto das actuacións e dos procedementos de xestión, inspección, liquidación, recadación, impugnación e revisión en materia de seguridade social e desemprego. A lei pronúnciase en termos máis amplos que as disposicións adicionais sexta e sétima da LRX-PAC (que remitían á normativa específica nas materias concretas de actos de xestión recadatoria da seguridade social, extensión de actas de liquidación de cotas da seguridade social e impugnación e revisión de oficio de actos da seguridade social e desemprego). Cómpre sinalar que, en materia de procedemento, o artigo 129.1 do texto refundido da Lei Xeral de Seguridade Social, aprobado polo Real decreto legislativo 8/2015, do 30 de outubro, remite á normativa en materia de procedemento administrativo común no que atinxe á tramitación das prestacións e demais actos en materia de seguridade social, incluída a protección por desemprego, que non teñan carácter recada-

torio ou sancionador, malia que deixa expresamente a salvo as especialidades contidas no propio texto refundido e noutras disposicións que resulten de aplicación.

- c) Seguindo a liña do indicado na disposición adicional sétima da LRX-PAC, así como do artigo 51.2 da Texto refundido da Lei sobre infraccións e sancións na orde social, aprobado polo Real decreto legislativo 5/2000, do 4 de agosto (en diante, LISOS), a LPACAP prevé a súa aplicación meramente supletoria en materia de actuacións e procedementos sancionadores por infraccións na orde social, no non previsto na normativa específica, que está constituída, fundamentalmente, pola LISOS, pola Lei 23/2015, do 21 de xullo, ordenadora do sistema de inspección de traballo e seguridade social (en especial, artigos 20 a 23) e polo Real decreto 928/1998, do 14 de maio, polo que se aproba o Regulamento xeral sobre procedementos para a imposición de sancións por infraccións de orde social e para os expedientes liquidatorios de cotas da seguridade social.
- d) A aplicación meramente supletoria da lei reguladora do procedemento administrativo común ás actuacións e procedementos sancionadores en materia de tráfico e seguranza viaria segue a liña da disposición adicional oitava *bis* da LRX-PAC; disposición que fora introducida pola Lei 18/2009, do 23 de novembro, precisamente como consecuencia da inclusión pola dita lei, na normativa reguladora da materia, dun procedemento sancionador específico, afastado da rixidez das regras comúns, que recollese as especiais características do tráfico e da seguranza viaria. Na actualidade, a regulación específica inclúese no Real decreto legislativo 6/2015, do 30 de outubro, polo que se aproba o texto refundido da Lei sobre tráfico, circulación de vehículos a motor e seguranza viaria (en concreto, no título V, cuxo capítulo IV está especificamente dedicado ao procedemento sancionador).
- e) Tamén recolle a lei a súa aplicación meramente supletoria ás actuacións e aos procedementos en materia de estranxeiría (incluídos os de carácter sancionador), seguindo a liña do xa in-



dicado na disposición adicional décimo novena da LRX-PAC. Nesta materia deberá estarse, fundamentalmente, ao previsto na Lei orgánica 4/2000, do 11 de xaneiro, sobre dereitos e liberdades dos estranxeiros en España e a súa integración social.

- f) Por último, a nova lei efectúa unha referencia expresa á súa aplicación supletoria respecto das actuacións e procedementos en materia de asilo, para o non previsto na normativa específica, constituída fundamentalmente pola Lei 12/2009, do 30 de outubro, reguladora do dereito de asilo e da protección subsidiaria, cuxa disposición adicional sétima recolle expresamente a regra de aplicación supletoria da normativa en materia de procedemento administrativo común.

#### **REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

- Sentenza do 4 de decembro de 1998 do Tribunal Supremo (Sala Terceira do Contencioso-Administrativo, Sección Segunda), recurso de casación núm. 569/1993.
- Sentenza núm. 227/1988, do 27 de novembro, do Tribunal Constitucional (Pleno).
- Sentenza núm. 98/2001, do 5 de abril, do Tribunal Constitucional (Pleno).
- Sentenza núm. 130/2013, do 4 de xuño, do Tribunal Constitucional (Pleno).
- Sentenza núm. 166/2014, do 22 de outubro, do Tribunal Constitucional (Sala Segunda).
- Sentenza núm. 87/2016, do 28 de abril, do Tribunal Constitucional (Pleno).
- Ditame núm. 275/2015, do 29 de abril, sobre o anteproxecto de Lei do procedemento administrativo común das administracións públicas, do Consello de Estado.
- González Pérez, J., e González Navarro, F. *Comentarios a la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común*, Civitas, 2012.

Rivero Ortega, Ricardo; Calvo Sánchez, María Dolores e Matías Fernando Pablo, Marcos, *Instituciones de procedimiento administrativo común. Novedades de la Ley 39/2015*, Juruá, 2016.

## **Disposición adicional segunda.**

### **Adhesión das comunidades autónomas e entidades locais ás plataformas e rexistros da Administración xeral do Estado**

*Para cumprir co previsto en materia de rexistro electrónico de apoderamentos, rexistro electrónico, arquivo electrónico único, plataforma de intermediación de datos e punto de acceso xeral electrónico da Administración, as comunidades autónomas e as entidades locais poderanse adherir voluntariamente e a través de medios electrónicos ás plataformas e rexistros establecidos para o efecto pola Administración xeral do Estado. A súa non adhesión deberase xustificar en termos de eficiencia conforme o artigo 7 da Lei orgánica 2/2012, do 27 de abril, de estabilidade orzamentaria e sustentabilidade financeira.*

*No caso de que unha comunidade autónoma ou unha entidade local xustifique ante o Ministerio de Facenda e Administracións Públicas que pode prestar o servizo dun modo máis eficiente, de acordo cos criterios previstos no parágrafo anterior, e opte por manter o seu propio rexistro ou plataforma, as citadas administracións deberán garantir que este cumpre cos requisitos do Esquema nacional de interoperabilidade, o Esquema nacional de seguridade, e as súas normas técnicas de desenvolvemento, de modo que se garanta a súa compatibilidade informática e interconexión, así como a transmisión telemática das solicitudes, escritos e comunicacións que se realicen nos seus correspondentes rexistros e plataformas.*

#### **COMENTARIO:**

Esta disposición só pode entenderse en desenvolvemento do Marco europeo de interoperatividade, cuxo obxectivo é o establecemento de redes telemáticas transeuropeas operativas e interoperables entre as administracións dos Estados membros, no eido nacional ou rexional, e entre as institucións e organismos comunitarios, que

posibiliten un intercambio electrónico de datos entre as administracións (IDA).

A importancia da interoperatividade e a creación de solucións integradas foi recoñecida xa pola Lei 11/2007, do 22 de xuño, de acceso electrónico dos cidadáns aos servizos públicos, como un mecanismo de cooperación entre as administracións públicas. Así, no artigo 42 desta lei créase o Esquema nacional de interoperatividade, que comprende un conxunto de criterios e recomendacións en materia de seguridade, conservación e normalización, que deberán ter en conta as administracións públicas para a toma de decisións tecnolóxicas que garantan a interoperabilidade entre estas e cos cidadáns.

O intercambio de datos electrónicos esixe adoptar sistemas e medidas de seguridade adecuadas, auditorías periódicas e mecanismos que aseguren que a información é tratada consonte os criterios fixados pola Lei orgánica 15/1999, do 13 de decembro, de protección de datos de carácter persoal, e este é o motivo de que se crease o Esquema nacional de seguridade.

Coas previsións desta disposición, búscase a cooperación interadministrativa para o establecemento desa interoperatividade, na procura de garantir os dereitos dos administrados. E aquelas comunidades autónomas ou administracións locais que non se adhiran ás plataformas dixitais do Estado deberán xustificalo no principio de eficiencia na asignación e utilización dos recursos públicos e, en todo caso, han de cumprir cos parámetros técnicos e de seguridade esixidos polo Esquema nacional de interoperatividade e polo Esquema nacional de seguridade.

Convén engadir que a Lei 40/2015, do 1 de outubro, recolle a recíproca posta á disposición polas administracións das aplicacións desenvolvidas polos seus servizos ou que fosen obxecto de contratación e de cuxos dereitos de propiedade intelectual sexan titulares, salvo que a información á que estean asociadas sexa obxecto de especial protección por unha norma.

De feito, impón a obriga de que, antes da adquisición, desenvolvemento ou mantemento a longo prazo dunha aplicación, se consulte o directorio xeral de aplicacións da Administración xeral do

Estado no que constarán tanto as aplicacións dispoñibles da Administración xeral do Estado como as dispoñibles nos directorios integrados de aplicacións do resto das administracións.

No caso de que exista unha solución dispoñible para a súa reutilización total ou parcial, as administracións públicas estarán obrigadas ao seu uso, salvo que a decisión de non reutilizala se xustifique en termos de eficiencia, conforme o artigo 7 da Lei orgánica 2/2012, do 27 de abril, de estabilidade orzamentaria e sustentabilidade financeira.

Polo tanto, a lei establece a obrigatoria transferencia de tecnoloxía entre as administracións.

#### **REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Amutio Miguel A, “Claves para la interoperabilidad de las administraciones públicas”, *Revista Dintel*, nº . 6, 2013.

### **Disposición adicional terceira. Notificación por medio de anuncio publicado no «Boletín Oficial do Estado»**

1. O Boletín Oficial do Estado porá á disposición das diversas administracións públicas un sistema automatizado de remisión e xestión telemática para a publicación dos anuncios de notificación nel previstos no artigo 44 desta lei e nesta disposición adicional. Este sistema, que cumprirá co establecido nesta lei e na súa normativa de desenvolvemento, garantirá a celeridade da publicación, a súa correcta e fiel inserción, así como a identificación do órgano remitente.

2. Naqueles procedementos administrativos que contén con normativa específica, se concorreren os supostos previstos no artigo 44 desta lei, a práctica da notificación farase, en todo caso, mediante un anuncio publicado no Boletín Oficial do Estado, sen prexuízo de que previamente e con carácter facultativo se poida realizar na forma prevista pola dita normativa específica.

3. A publicación no Boletín Oficial do Estado dos anuncios a que se refiren os dous parágrafos anteriores efectuarase sen contraprestación económica ningunha por parte dos que a solicitasen.

#### **COMENTARIO:**

Cando non sexa posible realizar unha notificación, xa sexa porque os que han de ser notificados son descoñecidos, porque se descoñeza onde notificalos ou cando a notificación sexa infrutuosa, as previsións contidas na disposición adicional terceira permiten que esta se efectúe mediante un anuncio no *Boletín Oficial do Estado*.

Pero non pode entenderse esta previsión sen acudir ao artigo 44 da lei que faculta para que, previamente e con carácter facultativo, as administracións publiquen un anuncio no boletín oficial da comunidade autónoma ou da provincia ou no taboleiro de edictos do concello do último domicilio do interesado ou do consulado ou sección consular da embaixada correspondente.

Iso si, aínda que o artigo 44 lles permite ás administracións públicas establecer outras formas de notificación complementarias a través doutros medios de difusión, iso non exclúe a obrigação de publicar o correspondente anuncio no *Boletín Oficial do Estado*.

#### **REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Mayor Gómez Roberto, *La notificación administrativa en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas: novedades y cuestiones jurídicas controvertidas*.

### **Disposición adicional cuarta. Oficinas de asistencia en materia de rexistros**

*As administracións públicas deberán manter permanentemente actualizado na correspondente sede electrónica un directorio xeográfico que permita ao interesado identificar a oficina de asistencia en materia de rexistros máis próxima ao seu domicilio.*

**COMENTARIO:**

As oficinas de asistencia en materia de rexistro son as mesmas oficinas de rexistro que temos ata agora, pero no canto de encargarse de rexistrar —é dicir, de inscribir no libro de rexistro as anotacións e de deixar nota expresiva da anotación coa data e número no escrito presentado— do que se encargan é de converter as solicitudes en papel dos interesados a formato electrónico e de incorporalas no rexistro.

Esta asistencia convértese en dereito dos cidadáns ao se establecer no apartado b) do artigo 13 desta Lei 39/2015, do 2 de outubro, que as persoas teñen dereito a seren asistidas no uso de medios electrónicos nas súas relacións coas administracións públicas. Así mesmo, establécese que as persoas físicas con carácter xeral poden elixir entre comunicarse por medios electrónicos ou a través destas oficinas de asistencia.

As oficinas de asistencia en materia de rexistro terán as seguintes funcións:

- Converter os escritos presentados polos interesados (só persoas físicas) en papel a formato electrónico, cos requisitos necesarios para ser considerados copias auténticas.
- Asistir no uso de medios electrónicos aos interesados en especial no referente á identificación e sinatura electrónica, presentación de solicitudes a través de rexistro electrónico xeral e obtención de copias auténticas.
- Outorgar apoderamento *apud acta* mediante a comparecencia persoal nestas oficinas por quen teña a condición de interesado nun procedemento administrativo.
- Realizar notificacións por comparecencia espontánea do interesado ou do seu representante, cando ao acudir na oficina solicite a comunicación e a notificación persoal no momento.
- A lles facilitar aos interesados o código de identificación do órgano, centro ou unidade administrativa aos que se dirixen as solicitudes.

- A expedir recibos que acrediten a data de presentación das solicitudes, comunicacións e escritos.

Esta disposición actualiza un mandato que, como un dereito xerérico dos cidadáns a relacionarse telematicamente coas administracións e como unha obriga da Administración de garantir tal dereito, xa se recollía na Lei 11/2007, do 22 de xuño, de acceso electrónico dos cidadáns aos servizos públicos (derogada por esta Lei 39/2015, do 1 de outubro).

Non obstante, esta obriga é de aplicación a todas as administracións sen excepción, aínda que no caso de pequenos concellos nos que soamente exista unha única oficina de rexistro carece de relevancia práctica, xa que non existirá propiamente unha relación de oficinas.

Pola contra, esta norma ten importancia para as administracións territoriais coma o Estado ou a Xunta de Galicia, que estenden a súa competencia nun territorio máis amplo ca o das entidades municipais, e que teñen unha rede importante de oficinas desde as que se realizan permanentemente todo tipo de trámites (solicitudes, licitacións públicas, reclamacións, subvencións...) supeditados a prazos imperativos e que requiren das oficinas para a súa xestión. E, nos concellos de gran poboación, é usual que existan varias oficinas de asistencia en materia de rexistros, polo que tamén deberán habilitar o seu servizo na súa sede electrónica.

Neste punto, convén lembrar que a sede electrónica non é unha nova páxina web ou portal institucional e, na medida en que debe contar con plenos efectos xurídicos e obrigas específicas, hai responsabilidade da Administración titular no relativo á integridade, veracidade e actualización da información e aos servizos nela publicados.

Deste xeito, a obriga de garantir a integridade asegura a non modificación dos contidos recollidos, xa sexa voluntaria ou por mor dalgún erro, sen que o destinatario o poida comprobar.

Como excepción á regra xeral de responsabilidade e veracidade do que se publica na sede electrónica, no caso de que se inclúa un enlace a outra sede que sexa responsabilidade doutra Administra-

ción, non se terá responsabilidade do cumprimento normativo desta información.

Creouse a sede electrónica da Xunta Galicia, que se rexe a través do Decreto 198/2010, do 2 de decembro, polo que se regula o desenvolvemento da Administración electrónica na Xunta de Galicia e nas entidades dela dependentes.

O ámbito de aplicación da sede electrónica da Xunta de Galicia comprende a totalidade dos órganos da Administración xeral de Galicia e das entidades instrumentais do sector público autonómico, tal e como recolle o artigo 1 da Orde, do 15 de setembro de 2011, pola que se aproba a posta en funcionamento da sede electrónica da Xunta de Galicia.

Finalmente, a lei non prevé sancións específicas para o caso de que algunha Administración incumpra esta previsión, existe o risco de converter esta disposición nunha simple declaración de intencións sen efectos xurídicos.

Non obstante, e na medida en que o incumprimento desta pode dar lugar á vulneración dos dereitos dos administrados consagrados no artigo 53 da lei, particularmente no número 1 f), “Dereito a obter información e orientación acerca dos requisitos xurídicos ou técnicos que as disposicións vixentes imponhan aos proxectos, actuacións ou solicitudes que se propoñan realizar”, no mesmo sentido, o incumprimento desta obriga pode ser obxecto de “queixa” perante o Valedor do Pobo, nos termos previstos nos artigos 13,14,16 e 17 da Lei 6/1984, do 5 de xuño.

### **Disposición adicional quinta.**

#### **Actuación administrativa dos órganos constitucionais do Estado e dos órganos lexislativos e de control autonómicos**

*A actuación administrativa dos órganos competentes do Congreso dos Deputados, do Senado, do Consello Xeral do Poder Xudicial, do Tribunal Constitucional, do Tribunal de Contas, do Defensor do Pobo, das asem-*



*bleas lexislativas das comunidades autónomas e das institucións autonómicas análogas ao Tribunal de Contas e ao Defensor do Pobo rexeráse polo previsto na súa normativa específica, no marco dos principios que inspiran a actuación administrativa de acordo con esta lei.*

### **COMENTARIO:**

Esta disposición hai que poñela en relación co artigo 2 da presente lei. Neste precepto regulábase o ámbito de aplicación da norma, que comprende a Administración xeral do Estado, as administracións das comunidades autónomas, as entidades que integran a Administración local e o sector público institucional.

Polo tanto, a Lei 39/2015, do 1 de outubro, non sería de aplicación á actuación administrativa desenvolvida por:

- O poder lexislativo, no que podemos incluír o Congreso, o Senado e as asembleas lexislativas das comunidades autónomas.
- O poder xudicial, no que podemos incluír, nun sentido amplo, o Consello Xeral do Poder Xudicial, o Tribunal Constitucional e o Tribunal de Contas.
- Os órganos de control da Administración, no que podemos incluír o Defensor do Pobo e, no caso de Galicia, o Valedor do Pobo e o Consello de Contas.

En coherencia coa exclusión expresa realizada neste artigo 2 da lei, a disposición adicional 5.<sup>a</sup> remite á normativa de cada unha destas institucións para a regulación da actividade administrativa de cada unha delas, todo isto sen prexuízo de establecer como criterio de interpretación na aplicación desta normativa específica “o marco dos principios que inspiran a actuación administrativa”, establecidos na Lei 39/2015.

Estes principios, que deberán modularse en función das circunstancias e do procedemento que se está a tramitar, son os principios de proporcionalidade, efectividade e menor onerosidade (art. 56), celeridade, impulso de oficio do procedemento en todos os seus trámites e a través de medios electrónicos, transparencia e publicidade (art. 71), contradición e de igualdade dos interesados no procedemento.

mento (art. 75), necesidade, eficacia, proporcionalidade, seguranza xurídica, transparencia e eficiencia.

Esta normativa específica está integrada polas seguintes normas:

- Congreso dos Deputados:
  - Constitución española (título III, “Das Cortes Xerais”).
  - Regulamento do Congreso dos Deputados, do 10 de febreiro de 1982.
- Senado:
  - Constitución española (título III, “Das Cortes Xerais”).
  - Regulamento do Senado do 3 de maio de 1994.
- Consello Xeral do Poder Xudicial:
  - Constitución española (Título VI, “Do poder xudicial”).
  - Lei orgánica 6/1985, do 1 de xullo, do poder xudicial (Libro III).
- Tribunal de Contas:
  - Lei orgánica 2/1982, do 12 de maio, do Tribunal de Contas.
  - Lei 7/1988, do 5 de abril, de funcionamento do Tribunal de Contas.
- Defensor do Pobo:
  - Lei orgánica 3/1981, do 6 de abril, do Defensor do Pobo.
- Parlamento de Galicia:
  - Lei orgánica 1/1981, do 6 de abril, do Estatuto de autonomía de Galicia.
  - Regulamento do Parlamento de Galicia (DOG do 4 de xaneiro de 1995).
- Valedor do Pobo:
  - Lei 6/1984, do 5 de xuño, do Valedor do Pobo.
- Consello de Contas:
  - Lei 8/2015, do 7 de agosto, de reforma da Lei 6/1985, do 24 de xuño, do Consello de Contas.

A razón de ser desta última disposición adicional 5.<sup>a</sup> é o tradicional principio xeral do dereito sobre a separación dos poderes do Estado, que recolle a Constitución española. Deste xeito, para preservar a independencia dos poderes xudicial e lexislativo fronte ao poder executivo, e para evitar inxerencias deste último con respecto aos seus órganos de control, permítese unha regulación específica dos seus procedementos por medio de normas de organización e funcionamento que só serán de aplicación á actividade desenvolvida por cada un destes órganos.

En todo caso, e na medida en que estas normas regulan procedementos concretos que poden afectar a dereitos dos cidadáns, deberán respectar os principios que inspiran a actuación administrativa regulados na Lei 39/2015, do 1 de outubro.

Estes principios non son outros ca os consagrados na propia Constitución. O artigo 103 establece os principios que deben rexer a actuación das administracións públicas, entre os cales destacan o de eficacia e o de legalidade, ao impor o sometemento pleno da actividade administrativa á lei e ao dereito.

A materialización destes principios prodúcese a través de toda unha serie de procedementos, constituídos por unha serie de vías formais para garantir o adecuado equilibrio entre a eficacia da actuación administrativa e a imprescindible salvagarda dos dereitos dos cidadáns e das empresas, que se deben exercer en condicións básicas de igualdade en calquera parte do territorio, con independencia da Administración con que se relacionen os seus titulares.

Estas actuacións *ad extra* das administracións contan con mención expresa no artigo 105 do texto constitucional, que establece que a lei regulará a audiencia dos cidadáns, directamente ou a través das organizacións e asociacións recoñecidas pola lei, no procedemento de elaboración das disposicións administrativas que os afectan, así como o procedemento a través do cal deben producirse os actos administrativos e garantirase, cando proceda, a audiencia aos interesados.

E, finalmente, como garante última de que o funcionamento e a actividade destes órganos “constitucionais e autonómicos” é res-

pectuosa cos dereitos dos cidadáns nas súas relacións coas administracións públicas e con todos os poderes do Estado, está a propia Constitución española, e en sentido amplo o bloque da constitucionalidade, do que tamén forman parte activa os diferentes estatutos de autonomía, no cumio da pirámide normativa, da que todas as normas antes relacionadas emanan e que, por descontado, deben respectar.

### **Disposición transitoria primeira. Arquivamento de documentos**

*1. O arquivamento dos documentos correspondentes a procedementos administrativos xa iniciados antes da entrada en vigor da presente lei rexeráse polo disposto na normativa anterior.*

*2. Sempre que sexa posible, os documentos en papel asociados a procedementos administrativos finalizados antes da entrada en vigor desta lei deberánse dixitalizar de acordo cos requisitos establecidos na normativa reguladora aplicable.*

#### **COMENTARIO:**

A primeira das disposicións transitorias da lei dedícase a determinar cómo se producirá o tránsito entre a lei derogada e a lei nova no ámbito do arquivo de documentos de procedementos administrativos.

Establécese, ademais da conveniencia de dixitalización dos arquivos correspondentes a procedementos xa finalizados –“sempre que sexa posible”–, a regra, lóxica por outra parte, do sometemento –no que ao arquivo de documentos se refire– dos procedementos iniciados antes da entrada en vigor da Lei 39/2015 á normativa anterior, o cal vén ser unha concreción nesta materia do disposto na disposición transitoria terceira, apartado a).

Polo que respecta á Comunidade Autónoma galega, a normativa está constituída pola Lei 7/2014, do 26 de setembro, de arquivos e documentos de Galicia.

As competencias do Parlamento de Galicia para a aprobación desta lei proveñen do disposto no artigo 27.18 do Estatuto de autonomía, que regula a competencia exclusiva en materia de arquivos de interese para a comunidade autónoma, do establecido nos artigos 27.1 e 39, que tratan da competencia exclusiva de organización das súas institucións de autogoberno, así como do sinalado no artigo 27.5, que supón a asunción pola comunidade autónoma da competencia exclusiva respecto das normas procesuais e procedementos administrativos que deriven do específico dereito galego ou da organización propia dos poderes públicos galegos. Son competencias transversais que atinxen tanto o patrimonio documental como a organización e réxime xurídico das institucións de autogoberno.

Indica esta norma que os arquivos constitúen servizos de máxima relevancia nunha sociedade democrática. A través deles asegúrase a reunión, conservación e consulta dos documentos que integran o patrimonio documental dun pobo nas súas diversas expresións, e contribúese así ao cumprimento das previsións da Constitución española de 1978: a eficacia dos dereitos fundamentais de liberdade de información recollidos no artigo 20, a consecución da eficacia administrativa á que fai referencia o artigo 103, o cumprimento do dereito de acceso á cultura e a promoción da investigación científica previsto no artigo 44, así como a conservación e promoción do patrimonio histórico, cultural e artístico, do que o patrimonio documental constitúe unha parte fundamental, contida no artigo 46.

A Lei 8/1995 do patrimonio cultural de Galicia (hoxe derrogada pola Lei 5/2016, do 4 maio, do patrimonio cultural de Galicia –DOG do 16 maio–) foi a primeira norma galega con rango de lei que dedicou unha atención singular aos arquivos e ao patrimonio documental e asentou conceptos básicos como o de patrimonio documental ou o de sistema de arquivos e tivo a virtude de inserir estes bens na estrutura de protección elaborada con carácter xeral para todo o patrimonio cultural de Galicia.

O Decreto 207/2010, do 10 de decembro, polo que se crea o Arquivo de Galicia e o Decreto 219/2011, do 17 de decembro, polo que se fixan os prezos públicos e as normas dos servizos de reprodución

prestados nos arquivos xestionados pola Xunta de Galicia viñeron completar a normativa autonómica na materia.

Como sinala a exposición de motivos da Lei 7/2014, tradicionalmente nos arquivos predominou a finalidade de asegurar a conservación desa memoria, pero os arquivos públicos son algo máis ca servizos de depósito cultural. Os documentos que os integran, malia ser considerados patrimonio documental pola Lei 8/1995 desde o mesmo momento da súa produción ou recepción polas administracións públicas no desenvolvemento das súas actividades, deben servir, en primeiro lugar, para os fins para os cales foron concibidos; uns fins que non son outros que facer posible a propia xestión administrativa, garantir e testemuñar os dereitos e os deberes da propia Administración e da cidadanía e proporcionar información, nun marco de xestión dos asuntos públicos onde a transparencia e a responsabilidade democráticas e a calidade na prestación dos servizos constitúen referencias inescusables. Os arquivos cumpren así unha función básica na xestión administrativa, na medida en que aseguran a continuidade da acción administrativa e permiten o exercicio dos dereitos dos cidadáns en condicións de transparencia, na liña do establecido polas leis de transparencia e boas prácticas na Administración.

Sendo obvio que a Administración electrónica é unha realidade ineludible para todas as administracións públicas desde o momento en que a Lei estatal 11/2007, do 22 de xuño, de acceso electrónico dos cidadáns aos servizos públicos e as disposicións que a desenvolven, así como a Recomendación da Comisión Europea do 24 de agosto de 2006 sobre dixitalización e accesibilidade en liña do material cultural e a conservación dixital (2006/585/CE), estableceron prazos e sistemas concretos de incorporación dos sistemas de xestión documental ao ámbito dixital, así como os dereitos dos cidadáns a ser usuarios de tales sistemas e a relacionarse electronicamente coas administracións, tamén a Lei 7/2014 adopta as previsións básicas para adaptar a xestión dos arquivos públicos ao contexto dixital. Así mesmo, atende ás esixencias que, en relación co anterior, derivan do Decreto 198/2010, do 2 de decembro, polo que se regula o desenvolvemento da Administración electrónica na Xunta de Galicia e nas entidades dela dependentes.

En definitiva, a Lei galega 7/2014 proporciona o marco normativo no que a Comunidade Autónoma de Galicia desenvolve as competencias asumidas en materia de arquivos, co obxectivo de articular unha xestión documental eficaz e eficiente, garantir o acceso aos documentos e aos arquivos e conservar e difundir o patrimonio documental de Galicia.

Por último, é de destacar que a Lei 7/2014, do 26 de setembro, crea no seu artigo 34 o Consello de Avaliación Documental de Galicia como órgano colexiado consultivo e de asesoramento para o estudo e ditame sobre as cuestións relativas á cualificación e utilización dos documentos producidos, recibidos ou acumulados no exercicio das súas funcións polas institucións, administracións e organismos públicos e polas empresas e entidades deles dependentes, así como a súa integración nos arquivos e ao réxime de acceso e inutilidade administrativas de tales documentos no ámbito do Sistema de Arquivos de Galicia que, pola súa vez, se ve regulado recentemente no Decreto 15/2016, do 14 de xaneiro, polo que se regula a composición e o funcionamento do Consello de Avaliación Documental de Galicia e o procedemento de avaliación e selección de documentos.

### **Disposición transitoria segunda. Rexistro electrónico e arquivo electrónico único**

*En canto non entren en vigor ás previsións relativas ao rexistro electrónico e ao arquivo electrónico único, no ámbito da Administración xeral do Estado aplicaranse as seguintes regras:*

- a) Durante o primeiro ano, despois da entrada en vigor da lei, poderanse manter os rexistros e arquivos existentes non momento da entrada en vigor desta lei.*
- b) Durante o segundo ano, despois da entrada en vigor da lei, disporase, como máximo, dun rexistro electrónico e un arquivo electrónico por cada ministerio, así como dun rexistro electrónico por cada organismo público.*

**COMENTARIO:**

Co fin de respectar as competencias organizativas de todas as administracións, segundo a disposición derradeira primeira algúns preceptos da norma comentada, como a disposición transitoria segunda que nos ocupa, resultan de aplicación unicamente á Administración xeral do Estado.

Ademais diso, ha de terse en conta que, conforme o establecido na disposición derradeira sétima, se establece unha entrada en vigor das previsións normativas en dous tempos. Con carácter xeral, establécese a entrada en vigor ao ano da súa publicación no *Boletín Oficial do Estado*, pero establécese ao mesmo tempo unha reserva respecto das previsións relativas ao rexistro electrónico de apoderamentos, rexistro electrónico, rexistro de empregados públicos habilitados, punto de acceso xeral electrónico da Administración e arquivo único electrónico, que producirán efectos aos dous anos da entrada en vigor da lei.

Estes prazos, a diferenza do establecido noutras normas, establécense en idénticas condicións para o conxunto do sector público. Respecto dos prazos en si mesmos considerados, chama a atención a ampla *vacatio legis* que permite o establecemento dun proceso bifásico para o cumprimento das previsións legais, en atención ao obxecto material destas.

O amplo réxime transitorio previsto enraíza cos relevantes contidos de que se ocupa a LPACP, que impactará en numerosos procedementos en tramitación no momento da súa entrada en vigor e que opera dun modo particular sobre varios dos aspectos recollidos nesta con carácter máis innovador.

Á vista de que a implantación do arquivo electrónico constitúe unha das tarefas que máis dificultades leva consigo no conxunto das administracións públicas, e para ofrecer un marco organizativo claro, a disposición citada establece regras específicas de aplicación ao primeiro e ao segundo ano de entrada en vigor. Así, durante o primeiro ano, despois da entrada en vigor da lei, poderanse manter os rexistros e arquivos existentes no momento da entrada en vigor, mentres que para o segundo ano se establece que se disporá, como máximo,



dun rexistro electrónico e dun arquivo electrónico por cada ministerio, así como dun rexistro electrónico por cada organismo público.

Como queda dito, trátase dunha previsión expresa para a Administración estatal.

### **Disposición transitoria terceira. Régime transitorio dos procedementos**

*a) Aos procedementos xa iniciados antes da entrada en vigor da lei non lles será de aplicación esta e rexeranse pola normativa anterior.*

*b) Os procedementos de revisión de oficio iniciados despois da entrada en vigor desta lei tramitaranse polas normas nela establecidas.*

*c) Os actos e resolucións ditados con posterioridade á entrada en vigor desta lei rexeranse, canto ao réxime de recursos, polas disposicións dela.*

*d) Os actos e resolucións pendentes de execución no momento da entrada en vigor desta lei rexeranse para a súa execución pola normativa vixente cando se ditaron.*

*e) A falta de previsións expresas establecidas nas correspondentes disposicións legais e regulamentarias, as cuestións de dereito transitorio que se susciten en materia de procedemento administrativo resolveranse de acordo cos principios establecidos nos números anteriores.*

#### **COMENTARIO:**

Todo cambio legislativo ou, en xeral, a substitución dunha lei anterior por outra posterior, suscita un delicado problema que consiste en decidir por cal das dúas lexislacións, a antiga ou a nova, han de regularse os actos realizados e as situacións creadas ou nadas baixo o imperio da antiga lei, cuxos efectos aínda persisten ao entrar en vigor a lei nova, e esta cuestión non queda resolta de maneira satisfactoria, na miña opinión, na disposición transitoria obxecto de análise.

En termos xerais, antes de entrar no estudo da disposición transitoria terceira da LPAC, é sabido que o problema do dereito transi-

torio permite dúas respostas posibles: que a nova lei sexa retroactiva cando se aplica aos actos xurídicos realizados baixo o imperio da lei antiga e ás situacións xurídicas realizadas baixo a vixencia daquela ou que, en cambio, a nova lei se chama irretroactiva cando só debe ser aplicada aos actos que se realicen ou ás situacións que se creen logo da súa entrada en vigor.

Neste sentido, pode falarse de distintos graos da retroactividade:

1. Retroactividade de grao máximo: a lei nova aplícase á relación ou situación xurídica creada baixo o imperio da lei antiga, e en canto a todos os seus efectos, tanto consumados coma non consumados.

2. Retroactividade de grao medio: a lei nova aplícase ás situacións creadas baixo o imperio da lei antiga, pero só en canto aos efectos nados con anterioridade, que aínda non se consumasen ou esgotasen; é dicir, respecto dos efectos pendentes.

3. Retroactividade de grao mínimo: a nova lei aplícase ás situacións xurídicas creadas baixo o imperio da lei antiga, pero só respecto dos efectos futuros; é dicir, dos efectos que se produzan con posterioridade á súa entrada en vigor.

Con carácter xeral, o artigo 2.3 da CE establece a regra da irretroactividade e recolle que “as leis non terán efecto retroactivo se non dispuxesen o contrario”. Xa que logo, a regra hai que entendela como subsidiaria, que só atopará aplicación cando a nova lei nada estableza sobre o seu posible efecto retroactivo.

Doutra banda, o poder do lexislador para lle dar retroactividade ou irretroactividade á lei nova atopa o seu límite no artigo 9.3 da CE, que consagra como principio básico do ordenamento xurídico a irretroactividade das disposicións sancionadoras non favorables ou restritivas de dereitos individuais.

Analicemos, pois, o alcance da disposición transitoria terceira da LPAC, que o debemos cohonestar coa non pouco complicada *vacatio legis* do mesmo texto legal. O mais importante é que a vixencia da lei se establece a un ano, aínda que con adaptacións e transitorias que o prolongarán. Así, precisase que “esta lei entrará en vigor ao ano da súa publicación no *Boletín Oficial do Estado*”. No entanto, as

previsións relativas ao rexistro electrónico de apoderamentos, rexistro electrónico, rexistro de empregados públicos habilitados, punto de acceso xeral electrónico da Administración e arquivo único electrónico producirán efectos aos dous anos da entrada en vigor da lei” (disp. der. 7.<sup>a</sup> da LPAC).

Pola súa banda, o apartado a) da disposición transitoria terceira indica, con bo criterio, que os procedementos administrativos xa iniciados antes da entrada en vigor da lei non lle será de aplicación a esta, e rexeranse pola normativa anterior. É dicir, recóllese a regra da irretroactividade da nova lei respecto das relacións ou situacións xurídicas creadas baixo o imperio da lei antiga.

En canto ao *dies ad quo* para determinar os procedementos administrativos iniciados antes da entrada en vigor da lei (o xeral, antes do 6 de outubro de 2015, coas matizacións apuntadas na disposición derradeira 7.<sup>a</sup> da LPAC), atenderase ao momento no que o procedemento en cuestión se inicie, xa sexa de oficio ou a solicitude do interesado (artigo 54 da LPAC).

Logo establécense regras de transitoriedade respecto de procedementos concretos, que son as seguintes:

1. Os procedementos de revisión de oficio iniciados logo da entrada en vigor desta lei substanciaranse polas normas establecidas nela.
2. Os actos e resolucións ditados con posterioridade á entrada en vigor desta lei rexeranse, en canto ao réxime de recursos, polas disposicións nela establecidas.

Afortunadamente, mantéñense igual a regulación das causas de nulidade e anulabilidade ou de validación e conversión dos actos administrativos (artigos 47 a 52 da LPAC) ou revisión de oficio (art. 106 da LPAC), así como o recurso de alzada preceptivo e a reposición potestativa (art. 112.1 da LPAC) e o recurso de revisión (artigos 105 e ss. Da LPAC), xa que son preceptos cruciais sobre os que se sentou xurisprudencia e a súa alteración supoñería unha revolución das garantías e da seguridade xurídica.

Así mesmo, os actos e resolucións pendentes de execución á entrada en vigor desta lei rexeranse para a súa execución pola normati-

va vixente cando se ditaron, co que se mantén intacta a prerrogativa da execución forzosa (artigos 99-105 da LPAC).

Para rematar, na disposición transitoria terceira regúlase unha cláusula de peche de contido confuso, na que se indica que, “a falta de previsións expresas establecidas nas correspondentes disposicións legais e regulamentarias, as cuestións de dereito transitorio que se susciten en materia de procedemento administrativo resolveranse de acordo cos principios establecidos nos apartados anteriores”.

### **Disposición transitoria cuarta.**

#### **Réxime transitorio dos arquivos, rexistros e punto de acceso xeral**

*En canto non entren en vigor as previsións relativas ao rexistro electrónico de apoderamentos, rexistro electrónico, punto de acceso xeral electrónico da Administración e arquivo único electrónico, as administracións públicas manterán as mesmas canles, medios ou sistemas electrónicos vixentes relativos a esas materias que permitan garantir o dereito das persoas a relacionarse electronicamente coas administracións.*

#### **COMENTARIO:**

A disposición transitoria cuarta da Lei 39/2015 determina o marco temporal das novidades electrónicas, en tanto non sexan aprobadas as disposicións polas que se van rexer. Neste sentido, sinala que as administracións públicas manterán as mesmas canles de sistemas electrónicos que lle permitan ao cidadán relacionarse electronicamente coas administracións públicas.

A actividade formalizada é, esencialmente, a actividade procedemental, isto é, a sucesión de trámites previstos nunha norma substantiva e que teñen como finalidade a aplicación a un suposto concreto do dereito material aplicable.

##### **1. Formulación xeral**

Podemos indicar que as relacións electrónicas coas administracións públicas, dentro do seu ámbito de aplicación, teñen dúas par-

tes perfectamente diferenciáveis: primeira, a de acceso da cidadanía aos servizos electrónicos por medios electrónicos e, segunda, a que regula os aspectos básicos da utilización das tecnoloxías da información na actividade administrativa, nas relacións entre as administracións públicas, así como nas relacións da cidadanía con estas coa finalidade de garantir os seus dereitos, un tratamento común ante elas e a validez e eficacia da actividade administrativa en condicións de seguridade xurídica.

Esta segunda é a perspectiva que nos corresponde analizar neste apartado que, doutra banda, se completa con algunha determinación accesoria que se contén noutros apartados, por exemplo, «... As administracións públicas utilizarán as tecnoloxías da información de acordo co disposto na presente lei, asegurando a dispoñibilidade, o acceso, a integridade, a autenticidade, a confidencialidade e a conservación dos datos, informacións e servizos que xestionen no exercicio das súas competencias...».

## 2. Un intento de sistematización

Situados neste plano da utilización da tecnoloxía no ámbito da actuación formalizada das administracións públicas, podemos indicar que a súa proxección sobre o acto administrativo está en función da finalidade que cumpra a utilización da tecnoloxía. A este respecto vimos propoñendo para centrar a análise unha diferenciación da actuación tecnolóxica no ámbito administrativo centrada en tres grandes capítulos:

- A) Aspectos puramente relacionais.
- B) Aspectos de documentación e acumulación informativa.
- C) Tecnoloxía nas decisións administrativas.

A problemática, desde unha perspectiva procedementa, de cada un dos apartados indicados é notablemente diferente. Neste sentido, podemos indicar que no que denominamos «aspectos relacionais» (publicacións, notificacións, rexistros, etc.), o que realmente se produce é unha adición entre dúas legalidades. A legalidade procedementa común vese así completada coa normativa correspondente á actuación tecnolóxica que se insire dentro daquela e que, polo

tanto, se configura como elemento común na válida actuación administrativa. A partir desta afirmación, a tradución aos motivos de invalidez do acto administrativo están en función do propio trámite e, sobre todo, dos efectos que producen sobre a persoa interesada e, especificamente, se coa infracción procedementa (no seu aspecto tecnolóxico) se produce unha situación de indefensión para o propio interesado.

Pola súa banda, cando a tecnoloxía se utiliza para conseguir un mellor almacenamento de datos e, polo tanto, de expedientes, a cuestión ten unha índole máis interna e organizativa na que a proxección fronte ao interesado se materializa no cumprimento dos requisitos que prevé a propia lei, isto é, «... asegurando a dispoñibilidade, o acceso, a integridade, a autenticidade, a confidencialidade e a conservación dos datos, informacións e servizos que xestionen no exercicio das súas competencias...». O resultado final e, sobre todo, as consecuencias das infraccións virán, esencialmente, da man dos efectos causados e, sobre todo, de se se produciron situacións de indefensión dignas de ser liquidadas mediante os mecanismos da invalidez.

Finalmente, cando a tecnoloxía se utiliza para substituír xuízos intelectivos que, ata ese momento, correspondían aos funcionarios e autoridades, a cuestión é netamente diferente. Aquí xa non hai unha legalidade procedente da regulación tecnolóxica que se solape á legalidade administrativa senón que a perspectiva é outra: trátase dun conxunto de instrumentos e programas que suplen –substitúen– o funcionario na adopción das decisións que, ata ese momento, lle correspondían a el.

Neste punto, xorden, pola súa vez, dúas cuestións diferentes que podemos resumir indicando que, por unha banda, se produce un efecto formal: o coñecemento de que nun determinado procedemento o resultado final, a decisión se adopta de forma automática e por un proceso tecnolóxico. Por outra, e á marxe dos aspectos puramente formais, a cuestión é a propia legalidade do programa e a aseveración fronte ao exterior de que este cumpre cos requisitos necesarios para producir unha correcta aplicación da lei e do ordenamento xurídico. Ambos os aspectos resultan claves para a validez final do acto ad-

ministrativo. Ao noso xuízo, a correcta resolución destas dúas cuestións afecta decididamente a intensidade da revisión xurisdiccional e, polo tanto, o dereito á tutela efectiva dos xuíces e tribunais.

A extensión da obrigaición merece o maior eloxio, a elusión do sistema e da forma na que se establece previamente e a obrigaición de publicar o devandito establecemento deberían realizarse con maior precisión, así como a conformación deste precepto como básico para conseguir que o conxunto das administracións públicas exerzan esta práctica como parte do procedemento administrativo común.

Neste punto podemos indicar, polo tanto, que o coñecemento da existencia dunha aplicación decisional, as súas características e a adveración formal polo acto de aprobación que realiza o órgano con competencia substantiva no seo do procedemento administrativo convencional constitúen elementos de garantía formal que evitarán que, en cada procedemento e cada vez que se aplique un programa informático, se teñan que demostrar xudicialmente as súas características e o seu axuste ao mesmo esquema procedemental e substantivo ca o procedemento manual ao que vén substituír.

O papel que este requisito formal cumpre no proceso é crucial e non foi suficientemente valorado. O acto administrativo ditado sen ter en conta ou sen existir a aprobación ou a posta en coñecemento xeral das características da aplicación utilizada entra nunha crise de validez radical que só pode liquidarse coa demostración puntual do cumprimento dos trámites e do acerto –en termos xurídicos– da decisión adoptada. En gran parte poderíamos indicar que se inverte a súa presunción de legalidade e que a Administración se ve compelida a realizar unha actividade probatoria dos extremos indicados que non ocorre cando a aplicación é coñecida publicamente.

Non obstante, podemos sistematizar as relacións electrónicas coas administracións públicas do seguinte modo, sempre baixo o principio de interoperabilidade. Os postulados de tal regulación son:

1. O principio xeral de que as administracións públicas se relacionan entre si e cos seus órganos a través de medios electrónicos.
2. As transmisións de datos entre administracións públicas: cada Administración pública deberalles facilitar o acceso ás restantes ad-

ministracións públicas aos datos relativos aos interesados que consten no seu poder, sempre de acordo coa Lei orgánica 15/1999, do 13 de decembro, de protección de datos de carácter persoal e a súa norma de desenvolvemento.

3. Interconexión de redes: a AXE e as comunidades autónomas e entidades locais adoptarán as medidas necesarias e incorporarán aos seus ámbitos as tecnoloxías precisas para posibilitar a interconexión das súas redes.

4. Esquema nacional de interoperabilidade: ten como obxectivo establecer a política de seguridade na utilización de medios electrónicos no ámbito da lei.

#### **REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

“Utilización de medios electrónicos: actividade formalizada” (doc. 210/206), Aranzadi.

Bauza Martorell, F. (2003). *Procedimiento administrativo electrónico*. Granada.

Bauza Martorell, F. (2007). “La activación administrativa realizada por medios electrónicos”.

Gamero Casado, E. e Valero Torrijos, J. (2007) (coord.), *La ley de Administración electrónica*. Navarra.

Hernández González, F. L. (2002). “Consideracións xurídicas sobre a informatización dos procedementos administrativos. A iniciación e terminación do procedemento por vía telemática”. VII Xornadas de Tecnimap. A Coruña.

### **Disposición transitoria quinta.**

## **Procedementos de responsabilidade patrimonial derivados da declaración de inconstitucionalidade dunha norma ou do seu carácter contrario ao dereito da Unión Europea**

*Os procedementos administrativos de responsabilidade patrimonial derivados da declaración de inconstitucionalidade dunha norma ou do seu*



*carácter contrario ao dereito da Unión Europea iniciados con anterioridade á entrada en vigor desta lei resolveranse de acordo coa normativa vixente no momento da súa iniciación.*

### **COMENTARIO:**

España, como Estado membro da Unión Europea, ten a obriga de aplicar o dereito da Unión Europea de acordo cos principios de primacía e efecto directo do dereito europeo e o principio de colaboración leal. Como Estado territorialmente descentralizado, estes principios vinculan o conxunto das administracións públicas. Non obstante, é o Reino de España, tal e como establecen os tratados europeos, o responsable ante esas institucións polo incumprimento do dereito da Unión Europea. En todo caso, de acordo coa orde constitucional de distribución de competencias, cada Administración é responsable de cumprir internamente coas obrigas europeas, tal e como reiterou amplamente a xurisprudencia do Tribunal Constitucional, o que comporta que a Administración xeral do Estado poida repercutirlle á Administración que corresponda a responsabilidade derivada do incumprimento do dereito da Unión Europea.

En efecto, a Lei orgánica 2/2012, do 27 de abril, de estabilidade orzamentaria e sustentabilidade financeira, ditada en desenvolvemento do artigo 135 da Constitución española, desenvolveu o principio de responsabilidade tanto no seu artigo 8 como na súa disposición adicional segunda, que especificamente se refire á responsabilidade por incumprimento de normas de dereito da Unión Europea.

Neste sentido, o citado artigo 8 regula o principio de responsabilidade e, á imaxe do previsto no Tratado de funcionamento da Unión Europea, establece que as administracións públicas que provoquen ou contribúan a producir o incumprimento dos compromisos asumidos por España de acordo coa normativa europea asumirán, na parte que lles sexa imputable, as responsabilidades que deriven. Así mesmo, a disposición adicional segunda dispón que, cando as administracións públicas e calquera outra entidade integrante do sector público incumprisen as obrigas derivadas de normas do dereito da Unión Europea e isto dese lugar a que o Reino de España sexa sancionado,

asumirán na parte que lles sexa imputable as responsabilidades que deriven (garantírase, en todo caso, a audiencia da Administración ou entidade afectada). Deste xeito, o citado principio permite repercutirlle á Administración non cumpridora as responsabilidades derivadas de calquera acción ou omisión contraria ao ordenamento europeo que realizase no exercicio das súas competencias.

En exercicio da habilitación contida no número tres da disposición adicional segunda da Lei orgánica 2/2012, do 27 de abril, de estabilidade orzamentaria e sustentabilidade financeira dítase o Real decreto 515/2013, do 5 de xullo, polo que se regulan os criterios e o procedemento para determinar e repercutir as responsabilidades por incumprimento do dereito da Unión Europea que desenvolve un procedemento xeral de determinación e repercusión das responsabilidades derivadas dos incumprimentos do dereito da Unión Europea. Na devandita disposición adicional segunda, no seu apartado segundo, establécese que “o Consello de Ministros, logo da audiencia das administracións ou entidades afectadas, será o órgano competente para declarar as responsabilidades previstas nos apartados anteriores e acordar, de ser o caso, a compensación ou retención das devanditas débedas coas cantidades que deba transferir o Estado á Administración ou entidade responsable por calquera concepto, orzamentario e non orzamentario. Na devandita declaración teranse en conta os feitos e fundamentos contidos na resolución das institucións europeas, dos tribunais internacionais ou dos órganos arbitrerais e recolleranse os criterios de imputación tidos en conta para declarar a responsabilidade. O acordo publicarase no *Boletín Oficial do Estado*”.

Esta disposición adicional (xunto con outros artigos da LO 2/2012) foi obxecto de impugnación polo Gobierno de Canarias ante o Tribunal Constitucional. Imputáballes o Gobierno de Canarias ata catro vicios a esa disposición: violación do seu dereito á tutela xudicial efectiva; vulneración da autonomía financeira da comunidade autónoma; o contido da norma non ha de formar parte dunha lei orgánica cuxo obxecto é desenvolver os principios de estabilidade orzamentaria e non pode quedar amparado polo artigo 135; e, en último lugar, con relación á concreta medida de compensación de créditos que prevé a disposición agora impugnada, entende que

non resulta procedente por non ser os créditos líquidos, vencidos e esixibles, sen que resulte suficiente o acordo do Consello de Ministros. Como consecuencia desta impugnación, ditouse a Sentenza 215/2014, do 18 de decembro de 2014, recurso de inconstitucionalidade 557/2013, que conclúe que: “En calquera caso, a comunidade autónoma ten garantida tanto a audiencia no procedemento administrativo de atribución de responsabilidade como o control xudicial da resolución atributiva da concreta responsabilidade. En efecto, dun lado, o artigo 8.1 da Lei orgánica 2/2012 prevé, coa finalidade da atribución a cada Administración pública da parte da responsabilidade que lle corresponda en función da parte do incumprimento que lle sexa imputable, que no proceso de asunción de responsabilidade «se garantizará, en todo caso, a audiencia da Administración ou entidade afectada». Doutro, corresponde á Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo o control da resolución do Consello de Ministros polo que se imputa a parte da responsabilidade do incumprimento [art. 12.1.a) da Lei 29/1998, do 13 de xullo, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa].

En suma, a disposición adicional segunda da Lei orgánica 2/2012 non vulnera o dereito á tutela xudicial efectiva das comunidades autónomas (art. 24.1 CE)”.

Tamén foi obxecto de impugnación polo Gobierno de Canarias ante o Tribunal Constitucional o Real decreto 515/2013. Naquel recurso alegábase, en resumo, que o real decreto non respectaba as competencias autonómicas e violentaba de forma notoria o principio de lealdade institucional, de xeito que a Administración do Estado pasa a ocupar unha posición de superioridade xerárquica respecto das comunidades autónomas, ignorando que existen mecanismos de colaboración e coordinación que propician a participación das comunidades autónomas nos procedementos de depuración de responsabilidades. O Pleno do devandito tribunal ditou a Sentenza 31/2016, do 18 de febreiro de 2016, recurso de inconstitucionalidade de núm. 557/2013, na que se desestiman os vicios de inconstitucionalidade que o Gobierno de Canarias lle atribuíu ao Real decreto 515/2103, en concordancia coa Sentenza 215/2014, do 18 de de-

cembro, na que se desestimaban os vicios de inconstitucionalidade alegados polo Gobierno de Canarias.

Esta disposición transitoria fai referencia á resolución do procedemento administrativo de responsabilidade patrimonial. Os procedementos iniciados con anterioridade á entrada en vigor desta lei quedarán baixo a norma vixente no momento de incoarse, como lóxica aplicación do principio *tempus regit factum*. É dicir, será de aplicación o procedemento regulado no Real decreto 515/2013, pero non establece regra ningunha para ao réxime de recursos que se poidan articular contra a devandita resolución. Chegados a este punto, cabe preguntarse se os eventuais recursos que se poidan interpoñer contra as resolucións finalizadoras dos procedementos administrativos (aos que se refire esta disposición transitoria) se tramitarán baixo a norma vixente no momento de iniciación ou ben se tramitarán ao abeiro da LPACAP. Para resolver esta cuestión debemos acudir ao disposto na disposición transitoria terceira, que regula o réxime transitorio dos procedementos. Na súa alínea c) establece que “os actos e resolucións ditadas con posterioridade a entrada en vigor desta lei se rexerán, en canto ao réxime de recursos, polas súas disposicións”.

É dicir, aos recursos contra os actos e resolucións ditadas con posterioridade á entrada en vigor da presente lei (1 de outubro de 2016) seralles de aplicación a presente lei, con independencia de que os procedementos fosen iniciados antes da súa entrada en vigor.

A antiga Lei 30/1992 regulaba o réxime transitorio dos procedementos da seguinte maneira: “Aos procedementos xa iniciados antes da entrada en vigor da presente lei non lles será de aplicación esta e rexeranse pola normativa anterior”. Non se facía referencia ao réxime de recursos como si fai a disposición transitoria terceira da LPACAP. Isto supuxo que os xulgados e tribunais tivesen que interpretar aquela disposición transitoria e estudar o seu alcance. Na Sentenza do Tribunal Supremo do 14 de xuño de 2005 concluíuse que, malia á tramitación dun procedemento iniciado con anterioridade á entrada en vigor da Lei 30/1992 térselle que aplicar a normativa anterior, ao réxime de recursos se lle tiña que aplicar o da Lei 30/1992, sen que isto supuxese unha violación do artigo 9 e 24 da CE e do artigo 3

do CC, como sostíña a parte recorrente naquel contencioso. É dicir, que a xurisprudencia distinguiu claramente a tramitación do procedemento administrativo do réxime de recursos admisibles. O feito de incluír na disposición transitoria terceira da LPACAP unha previsión expresa dos recursos supón unha maior seguridade xurídica.

#### **REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 5.<sup>a</sup>), do 14 de xuño de 2005; recurso de casación núm. 4855/2002.

Sentenza do Tribunal Constitucional (Pleno), do 18 de decembro de 2014, recurso de inconstitucionalidade núm. 557/2013.

Sentenza 31/2016 do Tribunal Constitucional (Pleno), do 18 de febreiro de 2016, conflito constitucional\1.1 núm. 6893/2013.

### **Disposición derogatoria única. Derrogación normativa**

1. *Quedan derogadas todas as normas de igual ou inferior rango no que contradigan ou se opoñan ao disposto na presente lei.*

2. *Quedan derogadas expresamente as seguintes disposicións:*

a) *Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común.*

b) *Lei 11/2007, do 22 de xuño, de acceso electrónico dos cidadáns aos servizos públicos.*

c) *Os artigos 4 a 7 da Lei 2/2011, do 4 de marzo, de economía sustentable.*

d) *Real decreto 429/1993, do 26 de marzo, polo que se aproba o Regulamento dos procedementos das administracións públicas en materia de responsabilidade patrimonial.*

e) *Real decreto 1398/1993, do 4 de agosto, polo que se aproba o Regulamento do procedemento para o exercicio da potestade sancionadora.*

- f) *Real decreto 772/1999, do 7 de maio, polo que se regula a presentación de solicitudes, escritos e comunicacións ante a Administración xeral do Estado, a expedición de copias de documentos e devolución de orixinais e o réxime das oficinas de rexistro.*
- g) *Os artigos 2.3, 10, 13, 14, 15, 16, 26, 27, 28, 29.1.a), 29.1.d), 31, 32, 33, 35, 36, 39, 48, 50, os números 1, 2 e 4 da disposición adicional primeira, a disposición adicional terceira, a disposición transitoria primeira, a disposición transitoria segunda, a disposición transitoria terceira e a disposición transitoria cuarta do Real decreto 1671/2009, do 6 de novembro, polo que se desenvolve parcialmente a Lei 11/2007, do 22 de xuño, de acceso electrónico dos cidadáns aos servizos públicos.*

*Ata que, de acordo co establecido na disposición derradeira sétima, produzan efectos as previsións relativas ao rexistro electrónico de apoderamentos, rexistro electrónico, punto de acceso xeral electrónico da Administración e arquivo único electrónico, manteranse en vigor os artigos das normas previstas nas alíneas a), b) e g) relativos ás materias mencionadas.*

*3. As referencias contidas en normas vixentes ás disposicións que se derrogan expresamente deberanse entender efectuadas ás disposicións desta lei que regulan a mesma materia que aquelas.*

## **COMENTARIO:**

Só parcialmente cumpre esta Disposición derogatoria única da LPACAP as directrices de técnica normativa aprobadas polo Acordo do Consello de Ministros do 22 de xullo de 2015 (BOE número 180, do 29 de xullo de 2005), como veremos ao longo deste comentario.

O primeiro a significar é que nunha primeira lectura parece que acolle co mandato de dar un listado concreto das normas ou partes delas que se derrogan, pero logo veremos como non é exactamente así, sexa en parte.

Sen prexuízo desa cuestión, que abordaremos posteriormente, non se nos escapa que existe outra problemática ligada á derogación

que agora enunciaremos. Evidentemente, as derogacións marcadas na disposición que nos ocupan serán efectivas cando entre en vigor esta lei 39/2015. Pois ben, dado que a entrada en vigor desta foi diferida un ano, ate o 2 de outubro de 2016, e incluso tres, ate o 2 de outubro de 2018 no referido a ao rexistro electrónico de apoderamentos, rexistro electrónico, punto de acceso xeral electrónico da Administración e arquivo único electrónico, tamén as derogacións recollidas nesta disposición aquí comentada teñen tal retraso temporal.

Se iniciamos a lectura da concreta literalidade da Disposición derogatoria única, a primeira frase é a tradicional de que quedan derogadas todas as normas de igual ou inferior rango no que contradigan ou se opoñan ao disposto nesta LPACAP. Tamén ten ese carácter xeral a frase última do precepto de que as referencias contidas en normas vixentes ás disposicións que se derogan expresamente deberanse entender efectuadas ás disposicións desta lei que regulan a mesma materia que aquelas.

Pero esa Disposición derogatoria única, cumprindo aquí si as directrices de técnica normativa, tamén recolle un listado de normas expresamente derogadas, sobre o que algún comentario paga a pena realizar.

En primeiro lugar que xunto a ese listado expreso e concretado, o apartado 2 recolle unha cláusula final no seu parágrafo último que introduce indefinición ao que era un listado concreto, e, por tanto, definido. E aquí é onde se aparta das recomendacións da regra 41 das directrices de técnica normativa que advirten que “Debe evitarse que, mediante as cláusulas derogatorias, subsistan no ordenamento xurídico diversas normas co mesmo ámbito de aplicación. No caso de que deba manterse a vixencia dalgúns preceptos da norma derogada, deberán incorporarse ao novo texto como disposicións adicionais ou transitorias, segundo a súa natureza”

Efectivamente, ese retraso na entrada en vigor da LPCAP, ate o 2 de outubro de 2018, de determinadas materias da mesma, fai que o parágrafo último do apartado 2 desta Disposición derogatoria única recolla que: “ Ata que, de acordo co establecido na disposición

derradeira sétima, produzan efectos as previsións relativas ao rexistro electrónico de apoderamentos, rexistro electrónico, punto de acceso xeral electrónico da Administración e arquivo único electrónico, manteranse en vigor os artigos das normas previstas nas alíneas a), b) e g) relativos ás materias mencionadas”.

Polo tanto, dende o 2 de outubro de 2016, data xeral da entrada en vigor xeral da LPCAP, ate o 2 de outubro de 2018, data na que entra en vigor a súa regulación sobre rexistro electrónico de apoderamentos, rexistro electrónico, punto de acceso xeral electrónico da Administración e arquivo único electrónico, seguirán vigor, parcialmente a regulación que, sobre as “materias” entendemos que de rexistro, apoderamentos e arquivo, existe na:

- Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común.
- Lei 11/2007, do 22 de xuño, de acceso electrónico dos cidadáns aos servizos públicos.
- Nos artigos 2.3, 10, 13, 14, 15, 16, 26, 27, 28, 29.1.a), 29.1.d), 31, 32, 33, 35, 36, 39, 48, 50, os números 1, 2 e 4 da disposición adicional primeira, a disposición adicional terceira, a disposición transitoria primeira, a disposición transitoria segunda, a disposición transitoria terceira e a disposición transitoria cuarta do Real decreto 1671/2009, do 6 de novembro, polo que se desenvolve parcialmente a Lei 11/2007, do 22 de xuño, de acceso electrónico dos cidadáns aos servizos públicos.

A existencia tan alongada no tempo desta subsistencia parcial de normas que esta LPACAP pretende substituír, e, sobre todo, a indefinición con que se describe que partes desa normativa previa deben entenderse que subsiste, non se compadece especialmente co principio de seguridade xurídica, e con eses mandatos das directrices de técnica normativa.

A maiores, sobre xa o concreto listado de normas a entenderse derogadas con esta LPACAP, podemos facer as seguintes consideracións a maiores.



De toda lóxica é a referencia á derogación da norma previa de regulación do procedemento administrativo, a Lei 30/1992, pois esta LPACAP busca ser a súa substituta.

Tamén do conxunto da Lei 11/2007, do 22 de xuño, de acceso electrónico dos cidadáns aos servizos públicos, por ser a incorporación desta materia á esta nova lei do procedemento administrativo unha das principais razóns da promulgación desta nova norma legal. O mesmo é aplicable ao regulamento desa lei, se ben neste caso se fai unha referencia listada dos preceptos afectados e se recolle así a derogación dos artigos 2.3, 10, 13, 14, 15, 16, 26, 27, 28, 29.1.a), 29.1.d), 31, 32, 33, 35, 36, 39, 48, 50, os números 1, 2 e 4 da disposición adicional primeira, a disposición adicional terceira, a disposición transitoria primeira, a disposición transitoria segunda, a disposición transitoria terceira e a disposición transitoria cuarta do Real decreto 1671/2009, do 6 de novembro.

Algo parecido sucede cos artigos 4 a 7 da Lei 2/2011, do 4 de marzo, de economía sustentable, que implementaban regras sobre a chamada boa regulación, agora xa acollidos, cunha regulación ampliada, nesta LPACAP, no seu Título VI.

Por último, se derrogan tres normas regulamentarias, que podemos denominar horizontais, pois nos sectores aos que aludían (sancionador, responsabilidade patrimonial, presentación escritos e expedición copias...) actuaban a modo de regulación de desenvolvemento do procedemento común neses eidos, en defecto de normativa sectorial. Son:

- Real decreto 429/1993, do 26 de marzo, polo que se aproba o Regulamento dos procedementos das administracións públicas en materia de responsabilidade patrimonial.
- Real decreto 1398/1993, do 4 de agosto, polo que se aproba o Regulamento do procedemento para o exercicio da potestade sancionadora.
- Real decreto 772/1999, do 7 de maio, polo que se regula a presentación de solicitudes, escritos e comunicacións ante a Administración xeral do Estado, a expedición de copias de do-

cumentos e devolución de orixinais e o réxime das oficinas de rexistro.

A súa derogación ten unha razoabilidade incuestionable, dado que desenvolvían unha lei, a LRX-PAC, que se substitúe, pero iso non empece a que debamos comentar que ate a promulgación doutros desenvolvementos regulamentarios desta LPACAP, só contaremos cunha regulación legal, a da lei 39/2015, e con isto moito veces pode faltar o elemento de concreción que só se pode abordar dende a dimensión regulamentaria.

A maiores, e xa para rematar, lembrar que coa derogación do Real decreto 1398/1993, do 4 de agosto, polo que se aproba o Regulamento do procedemento para o exercicio da potestade sancionadora, tamén se derroga a referencia horizontal para os sancionadores (agás para o que o tal Real Decreto non era de aplicación, como eran os disciplinarios), subsidiaria das normativas sectoriais, dun prazo para resolver e notificar de 6 meses. Con esa derogación, a falta de normativa sectorial, hai que acudir a regra subsidiaria da LPACAP, contida no seu artigo 21.2, de tres meses neste eido sancionador, como prazo subsidiario de caducidade.

## **Disposición derradeira primeira. Título competencial**

*1. Esta lei apróbase ao abeiro do disposto no artigo 149.1.18.<sup>a</sup> da Constitución española, que atribúe ao Estado a competencia para ditar as bases do réxime xurídico das administracións públicas e competencia en materia de procedemento administrativo común e sistema de responsabilidade de todas as administracións públicas.*

*2. O título VI de iniciativa legislativa e da potestade para ditar regulamentos e outras disposicións e a disposición adicional segunda de adhesión das comunidades autónomas e entidades locais ás plataformas e rexistros da Administración xeral do Estado, apróbanse tamén ao abeiro do disposto no artigo 149.1.14.<sup>a</sup>, relativo á facenda xeral, así como o artigo 149.1.13.<sup>a</sup>, que atribúe ao Estado a competencia en materia de bases e coordinación da planificación xeral da actividade económica.*

3. O previsto nos artigos 92 primeiro parágrafo, 111, 114.2 e disposición transitoria segunda será de aplicación unicamente á Administración xeral do Estado, así como o resto de puntos dos distintos preceptos que prevén a súa aplicación exclusiva no ámbito da Administración xeral do Estado.

#### COMENTARIO:

Como é sabido, nas normas debe sempre indicarse cales son os títulos competenciais que lexitiman a promulgación de tal norma por ese poder territorial, neste caso, o Estado.

Para esta finalidade serve esta disposición derradeira primeira, que menciona ata tres títulos competenciais e, a maiores, unha última referencia aos preceptos que son da soa aplicación cara á Administración xeral do Estado.

Como é lóxico, se estamos perante a lei reguladora do procedemento administrativo común das administracións públicas, era imprescindible a cita do título competencial do artigo 149.1.18 CE, posto que é precisamente o que lle atribúe ao Estado a competencia para ditar as bases do réxime xurídico das administracións públicas e competencia en materia de procedemento administrativo común e tamén da súa responsabilidade patrimonial.

Como vemos, o título competencial do artigo 149.1.18 CE atribúelle ao Estado a competencia sobre a materia, pero con relación a dous parámetros moi importantes que hai que ter en conta: competencia para ditar as bases e para a regulación do procedemento administrativo común.

Verbo da delimitación de ata onde chegan as competencias normativas básicas do Estado, son oportunas as seguintes consideracións.

O Tribunal Constitucional esíxelle ao Estado, en primeiro lugar, que estableza expresamente o carácter básico dunha norma enteira ou dos preceptos concretos con tal condición. No noso caso, este aspecto estaría cumprido coa disposición derradeira primeira que nos ocupa.

Aínda dentro desa dimensión formal do básico, son innumerables as sentenzas onde se lembra que a norma básica debe ter, por regra

xeral, carácter legal, con aprobación polas Cortes, cousa que tamén sucede aquí.

Introduzámonos agora no plano material da normativa básica. A finalidade da normativa básica é atribuírlle ao Estado a potestade de instaurar un “común denominador normativo para asegurar a unidade fundamental” en todo o territorio estatal.

Destacamos que a capacidade normativa básica do Estado ten que deixar un espazo para o desenvolvemento normativo por parte das comunidades autónomas (STC 1/1982) e non se pode regular cunha exhaustividade tal que lles impida ás comunidades autónomas desenvolver políticas propias.

Así, a concepción material de bases que, como recordamos, debe estar limitada a crear un común denominador normativo (STC 1/1982) tería que ser obxecto de cumprimento estrito, polo que debe evitar esgotar a regulación da materia e deixar espazo ao desenvolvemento autonómico (STC125/84). Destacamos que, fronte ás iniciais sentenzas, agora o tribunal xa non permite que os excesos competenciais sexan defendidos, en todo caso, como normativa supletoria das comunidades autónomas (STC 197/1996). Sería mostra dun exceso que non existisen posibilidades de que no desenvolvemento as comunidades autónomas puidesen optar entre varias opcións e configurar políticas propias. En efecto, non cabe establecer, por normativa básica, regulacións uniformes (STC 32/81).

Se levamos esta doutrina e a unimos á materia dese procedemento administrativo común, a postura tradicional do intérprete constitucional foi a de entender (por todas, STC 227/1988) que: “adxectivo «común» que a Constitución utiliza leva a entender que o que o precepto constitucional quixo reservar en exclusiva ao Estado é a determinación dos principios ou normas que, por unha banda, definen a estrutura xeral do iter procedemental que ha de seguirse para a realización da actividade xurídica da Administración e, por outro, prescriben a forma de elaboración, os requisitos de validez e eficacia, os modos de revisión e os medios de execución dos actos administrativos, incluíndo sinaladamente as garantías xerais dos particulares no seo do procedemento”. Isto é, competencia para regular o

procedemento administrativo común pero non, recollía a sentenza, os procedementos sectoriais: “A Constitución non lle reserva en exclusiva ao Estado a regulación destes procedementos administrativos especiais” porque, de admitirse esta posibilidade, “chegaríase ao absurdo resultado de permitir que o Estado puidese condicionar o exercicio da acción administrativa autonómica mediante a regulación en detalle de cada procedemento especial, ou paralizar incluso o desempeño dos cometidos propios das administracións autonómicas se non dita as normas de procedemento aplicables en cada caso”.

Agora ben, existe unha ulterior modulación desa postura pois, por exemplo, a Sentenza do Tribunal Constitucional 50/1999, no seu FX 3, recolle que o Estado tamén pode entrar na “regulación que de forma indirecta poida ter algunha repercusión ou incidencia no procedemento así entendido ou cuxo incumprimento poida ter como consecuencia a invalidez do acto”.

Pero quizais o maior axuste a esa doutrina inicial foi a Sentenza do Tribunal Constitucional 130/2013 ao relativizar a non entrada da competencia normativa estatal verbo dos procedementos especiais: “este tribunal admitiu que, en virtude do artigo 149.1.18 CE, o Estado estableza normas comúns de procedemento específicas para procedementos administrativos *ratione materiae*... o que indica que a competencia do Estado en materia de procedemento administrativo común non se detén, única e exclusivamente, na regulación da institución desde unha perspectiva meramente abstracta e desvinculada dos procedementos especiais”.

En virtude disto, as comunidades autónomas, con suxeición e non vulneración da normativa básica dos procedementos administrativos, poderían ter a súa propia normativa, non só sobre procedementos especiais, senón tamén sobre o procedemento administrativo horizontal para os que son da súa competencia, ou dalgunha parte deste, como sucedeu, por exemplo, coa Lei de potestade sancionadora das administracións públicas do País Vasco, Lei 2/1998, do 20 de febreiro.

Avanzando cara ao apartado 2 desta disposición derogatoria primeira, moi discutible pode considerarse citar como alicerce competencial para a regulación do título VI de iniciativa legislativa e da

potestade para ditar regulamentos e outras disposicións e a disposición adicional segunda de adhesión das comunidades autónomas e entidades locais ás plataformas e rexistros da Administración xeral do Estado, o artigo 149.1.14.<sup>ª</sup>, relativo á facenda xeral, e o artigo 149.1.13.<sup>ª</sup>, que lle atribúe ao Estado a competencia en materia de bases e coordinación da planificación xeral da actividade económica.

En efecto, os títulos competencias elixidos dificilmente teñen a configuración buscada por esta disposición derradeira. Por exemplo, o artigo 149.1.13.<sup>ª</sup> CE debe estar referido á regulación “a ordenación xeral da economía” que, segundo as verbas do Tribunal Constitucional “abarca a definición das liñas de actuación tendentes a alcanzar os obxectivos de política económica global ou sectorial fixados pola propia Constitución, así como a adopción das medidas precisas para garantir a realización destes” (STC 130/2013). O artigo 149.1.14.<sup>ª</sup> CE, pola súa banda, segundo esa sentenza, “permítelle ao Estado regular integramente a súa propia facenda, así como establecer as institucións comúns ás distintas facendas e as medidas para a súa coordinación e para remediar á súa suficiencia”.

Por iso, foi o propio Consello do Estado, no seu Ditame 275/2015 sobre o anteproxecto desta lei, o que advertía de que, por exemplo, na regulación do uso de medios electrónicos nas relacións xurídico-administrativas “cabe concluír que a disposición examinada non pode atopar ancoraxe constitucional no mencionado precepto, tendo en conta que non se establecen nela dereitos e obrigacións económicos dos suxeitos públicos nin medidas concretas de protección ou preservación da facenda estatal, autonómica ou local”, en relación co artigo 149.1.14.<sup>ª</sup> CE. Tamén recollera que “non caiba aducir o artigo 149.1.13.<sup>ª</sup> como fonte de competencia do Estado para establecer os principios de boa regulación”.

Igualmente, no Ditame 274/2015 sobre o anteproxecto da LR-XSP criticou tal órgano consultivo a referencia a eses títulos competencias e recolleu que non podían ser invocados con carácter xeral como títulos para con esa lei, por non entrar dentro da configuración constitucional destes.

Finalmente, a disposición derradeira dispón que os artigos 92 primeiro parágrafo, 111, 114.2 e disposición transitoria segunda serán de aplicación unicamente á Administración xeral do Estado.

Os artigos 92 primeiro parágrafo, 111, 114.2 regulan a competencia para a resolución dos procedementos de responsabilidade patrimonial e para a revisión de oficio das disposicións e de actos nulos e anulables na Administración xeral do Estado.

Mención á parte merece a disposición transitoria segunda que recolle as regras en canto non entren en vigor as previsións relativas ao rexistro electrónico e ao arquivo electrónico único no ámbito da Administración xeral do Estado. Realmente, era máis apropiado incluír tamén regras para o resto das administracións.

Máis criticable é a mención a que tamén só será aplicable á Administración central o resto de puntos dos distintos preceptos que prevén a súa aplicación exclusiva no ámbito da Administración xeral do Estado, pola súa xeneralidade e certa ambigüidade. Tecnicamente sería moito máis axeitada unha mención específica, concretada nos números dos artigos afectados, como a contida na frase anterior.

#### **REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINAIS E BIBLIOGRÁFICAS:**

Sentenza 1/1982 do Tribunal Constitucional (Pleno), do 28 xaneiro, recursos de inconstitucionalidade núms. 63/1981 e 191/1981.

Sentenza 125/1984 do Tribunal Constitucional (Pleno), do 20 de decembro, recursos de inconstitucionalidade núms. 860/1983, 862/1983 e 865/1983.

Sentenza 197/1996 do Tribunal Constitucional (Pleno), do 28 de novembro, recurso de inconstitucionalidade núm. 847/1993.

Sentenza 31/1981 do Tribunal Constitucional (Pleno), do 28 de xullo, recurso de inconstitucionalidade núm. 40/1981.

Sentenza 227/1988 do Tribunal Constitucional (Pleno), do 29 de novembro, recursos de inconstitucionalidade núms. 824/1985, 944/1985, 977/1985, 987/1985 e 988/1985, núms. 955/1986, 512/1987 e 1208/1987.

Sentenza 50/1999 do Tribunal Constitucional (Pleno), do 6 de abril, recursos de inconstitucionalidade núms. 521/1993 e 547/1993.

Sentenza 130/2013 do Tribunal Constitucional (Pleno), do 4 de xuño, recurso de inconstitucionalidade núm. 931/2004.

## **Disposición derradeira segunda. Modificación da Lei 59/2003, do 19 de decembro, de sinatura electrónica**

*Na Lei 59/2003, do 19 de decembro, de sinatura electrónica, inclúese un novo número 11 no artigo 3 coa seguinte redacción:*

*«11. Todos os sistemas de identificación e sinatura electrónica previstos na Lei de procedemento administrativo común das administracións públicas e na Lei de réxime xurídico do sector público terán plenos efectos xurídicos».*

### **COMENTARIO:**

Esta disposición derradeira trata simplemente de facer coherentes as normas do ordenamento xurídico, de forma que unha non actúe á marxe da outra.

Así, neste caso, trátase de que na norma que regula a sinatura electrónica se teña constancia da existencia da Lei de procedemento administrativo común das administracións públicas e da Lei de réxime xurídico do sector público, que terán plenos efectos xurídicos en canto ao que estas tratan e aplican sobre os sistemas de identificación e sinatura electrónica.

De aí que se dispoña que todos os sistemas de identificación e sinatura electrónica previstos na Lei de procedemento administrativo común das administracións públicas e na Lei de réxime xurídico do sector público terán plenos efectos xurídicos.

Remitímonos, en todo caso, aos comentarios que se foron efectuando nos artigos referidos á Administración electrónica, con especial referencia ao título I da lei.

Na exposición de motivos xa se recolle verbo dos sistemas de identificación e sinatura electrónica que:



“Por outro lado, este título dedica parte do seu articulado a unha das novidades máis importantes da lei: a separación entre identificación e sinatura electrónica e a simplificación dos medios para acreditar unha ou outra, de modo que, con carácter xeral, soamente será necesaria a primeira, e esixirase a segunda cando deba acreditarse a vontade e o consentimento do interesado. Establécese, con carácter básico, un conxunto mínimo de categorías de medios de identificación e sinatura que utilizarán todas as administracións. En particular, admitiranse como sistemas de sinatura os sistemas de sinatura electrónica recoñecida ou cualificada e avanzada baseados en certificados electrónicos cualificados de sinatura electrónica, que comprenden tanto os certificados electrónicos de persoa xurídica como os de entidade sen personalidade xurídica; os sistemas de selo electrónico recoñecido ou cualificado e de selo electrónico avanzado baseados en certificados cualificados de selo electrónico; así como calquera outro sistema que as administracións públicas consideren válido, nos termos e condicións que se establezan. Admitirase como sistema de identificación calquera dos sistemas de sinatura admitidos, así como sistemas de clave concertada e calquera outro que establezan as administracións públicas.

Tanto os sistemas de identificación como os de sinatura previstos nesta lei son plenamente coherentes co disposto no Regulamento (UE) 910/2014 do Parlamento Europeo e do Consello, do 23 de xullo de 2014, relativo á identificación electrónica e aos servizos de confianza para as transaccións electrónicas no mercado interior e pola que se derroga a Directiva 1999/93/CE. Débese lembrar a obriga dos Estados membros de admitir os sistemas de identificación electrónica notificados á Comisión Europea polo resto dos Estados membros, así como os sistemas de sinatura e selo electrónicos baseados en certificados electrónicos cualificados emitidos por prestadores de servizos que figuren nas listas de confianza doutros Estados membros da Unión Europea, nos termos que prevexa esa norma comunitaria”.

## **Disposición derradeira terceira.**

### **Modificación da Lei 36/2011, do 10 de outubro, reguladora da xurisdición social**

*A Lei 36/2011, do 10 de outubro, reguladora da xurisdición social, queda redactada nos seguintes termos:*

*Un. O artigo 64 queda redactado como segue:*

*«Artigo 64. Excepcións á conciliación ou mediación previas.*

*1. Exceptúanse do requisito do intento de conciliación ou, se for o caso, de mediación os procesos que exixan o esgotamento da vía administrativa, se for o caso, os que versen sobre seguridade social, os relativos á impugnación do despedimento colectivo polos representantes dos traballadores, desfrute de vacacións e a materia electoral, mobilidade xeográfica, modificación substancial das condicións de traballo, suspensión do contrato e redución de xornada por causas económicas, técnicas, organizativas ou de produción ou derivadas de forza maior, dereitos de conciliación da vida persoal, familiar e laboral a que se refire o artigo 139, os iniciados de oficio, os de impugnación de convenios colectivos, os de impugnación dos estatutos dos sindicatos ou da súa modificación, os de tutela dos dereitos fundamentais e liberdades públicas, os procesos de anulación de laudos arbitrais, os de impugnación de acordos de conciliacións, de mediacións e de transaccións, así como aqueles en que se exerzan accións laborais de protección contra a violencia de xénero.*

*2. Igualmente, quedan exceptuados:*

*a) Aquelles procesos en que, sendo parte demandada o Estado ou outro ente público, tamén o sexan persoas privadas, sempre que a pretensión teña que se someter ao esgotamento da vía administrativa e nesta se poida decidir o asunto litixioso.*

*b) Os supostos en que, en calquera momento do proceso, despois de ter dirixido a papeleta ou a demanda contra persoas determinadas, sexa necesario dirixila ou ampliála contra persoas distintas das inicialmente demandadas.*

*3. Cando pola natureza da pretensión exercida poida ter eficacia xurídica o acordo de conciliación ou de mediación que se poida alcanzar, mesmo*

*estando exceptuado o proceso do referido requisito da tentativa previa, se as partes acoden en tempo oportuno voluntariamente e de común acordo a tales vías previas, suspenderanse os prazos de caducidade ou interromperanse os de prescrición na forma establecida no artigo seguinte».*

*Dous. O artigo 69 queda redactado como segue:*

*«Artigo 69. Esgotamento da vía administrativa previa á vía xudicial social.*

*1. Para poder demandar o Estado, comunidades autónomas, entidades locais ou entidades de dereito público con personalidade xurídica propia vinculadas ou dependentes deles será requisito necesario ter esgotado a vía administrativa, cando así proceda, de acordo co establecido na normativa de procedemento administrativo aplicable.*

*En todo caso, a Administración pública deberá notificar aos interesados as resolucións e os actos administrativos que afecten os seus dereitos e intereses, nunha notificación que conterá o texto íntegro da resolución, con indicación de se é ou non definitivo na vía administrativa, a expresión dos recursos que procedan, órgano ante o cal se deban presentar e prazo para interpoñer, sen prexuízo de que os interesados poidan exercer, se for o caso, calquera outro que consideren procedente.*

*As notificacións que, contendo o texto íntegro do acto, omitan algún dos demais requisitos previstos no parágrafo anterior manterán suspendidos os prazos de caducidade e interrompidos os de prescrición e unicamente producirán efecto a partir da data en que o interesado realice actuacións que supoñan o coñecemento do contido e alcance da resolución ou acto obxecto da notificación ou resolución, ou interpoña calquera recurso que proceda.*

*2. Desde que se deba entender esgotada a vía administrativa, o interesado poderá formalizar a demanda no prazo de dous meses ante o xulgado ou a sala competente. A demanda acompañarase dunha copia da resolución denegatoria ou documento acreditativo da interposición ou resolución do recurso administrativo, segundo proceda, e unirase copia de todo isto para a entidade demandada.*

*3. Nas accións derivadas de despedimento e demais accións suxeitas a prazo de caducidade, o prazo de interposición da demanda será de vinte*

*días hábiles ou o especial que sexa aplicable, contados a partir do día seguinte a aquel en que se producise o acto ou a notificación da resolución impugnada, ou desde que se deba entender esgotada a vía administrativa nos demais casos».*

*Tres. O artigo 70 queda redactado como segue:*

*«Artigo 70. Excepcións ao esgotamento da vía administrativa.*

*Non será necesario esgotar a vía administrativa para interpor demanda de tutela de dereitos fundamentais e liberdades públicas contra actos das administracións públicas no exercicio das súas potestades en materia laboral e sindical, ben que o prazo para a interposición da demanda será de vinte días desde o día seguinte ao da notificación do acto ou ao transcurso do prazo fixado para a resolución, sen máis trámites. Cando a lesión do dereito fundamental teña a súa orixe na inactividade administrativa ou en actuación en vías de feito, ou se interpuxese potestativamente un recurso administrativo, o prazo de vinte días iniciarase transcorridos vinte días desde a reclamación contra a inactividade ou vía de feito, ou desde a presentación do recurso, respectivamente».*

*Catro. O artigo 72 queda redactado como segue:*

*«Artigo 72. Vinculación respecto á reclamación administrativa previa en materia de prestacións de Seguridade Social ou vía administrativa previa.*

*No proceso as partes non poderán introducir variacións substanciais de tempo, cantidades ou conceptos respecto dos que fosen obxecto do procedemento administrativo e das actuacións dos interesados ou da Administración, ben en fase de reclamación previa en materia de prestacións de Seguridade Social ou de recurso que esgote a vía administrativa, salvo canto aos feitos novos ou que non se puidesen coñecer con anterioridade».*

*Cinco. O artigo 73 queda redactado como segue:*

*«Artigo 73. Efectos da reclamación administrativa previa en materia de prestacións de Seguridade Social.*

*A reclamación previa en materia de prestacións de Seguridade Social interromperá os prazos de prescrición e suspenderá os de caducidade; estes últimos reiniciaranse o día seguinte ao da notificación da resolución ou do transcurso do prazo en que se deba entender desestimada».*

*Seis. O artigo 85 queda redactado como segue:*

*«Artigo 85. Celebración do xuízo.*

*1. Se non houber avinza en conciliación, pasarase seguidamente a xuízo e darase conta do actuado.*

*Con carácter previo resolverase, motivadamente, en forma oral e oídas as partes, sobre as cuestións previas que se poidan formular nese acto, así como sobre os recursos ou outras incidencias pendentes de resolución, sen prexuízo da ulterior sucinta fundamentación na sentenza, cando proceda. Igualmente, serán oídas as partes e, se for o caso, resolverase, motivadamente e en forma oral, o procedente sobre as cuestións que o xuízo ou tribunal poida formular nese momento sobre a súa competencia, os presupostos da demanda ou o alcance e os límites da pretensión formulada, respectando as garantías procesuais das partes e sen prexulgar o fondo do asunto.*

*A seguir, o demandante ratificará ou ampliará a súa demanda, aínda que en ningún caso poderá facer nela variación substancial.*

*2. O demandado contestará afirmando ou negando concretamente os feitos da demanda, e alegando cantas excepcións considere procedentes.*

*3. Unicamente poderá formular reconvencción cando a anunciase na conciliación previa ao proceso ou na contestación á reclamación previa en materia de prestacións de Seguridade Social ou resolución que esgote a vía administrativa, e expresase en esencia os feitos en que se funda e a petición en que se concreta. Non se admitirá a reconvencción se o órgano xudicial non é competente, se a acción que se exerce debe resolverse en modalidade procesual distinta e a acción non é acumulable, e cando non exista conexión entre as súas pretensións e as que sexan obxecto da demanda principal.*

*Non será necesaria reconvencción para alegar compensación de débedas, sempre que sexan vencidas e exixibles e non se formule pretensión de condena reconvenccional e, en xeral, cando o demandado esgrima unha pretensión que tenda exclusivamente a ser absolto da pretensión ou pretensións obxecto da demanda principal, sendo suficiente que se alegue na contestación á demanda. Se a obriga precisa de determinación xudicial por non ser líquida con anticipación ao xuízo, será necesario*

*expresar concretamente os feitos que fundamenten a excepción e a forma de liquidación da débeda, así como tela anunciado na conciliación ou mediación previas, ou na reclamación en materia de prestacións de Seguridade Social ou resolución que esgoten a vía administrativa. Formulada a reconvención, darase traslado ás demais partes para a súa contestación nos termos establecidos para a demanda. O mesmo trámite de traslado se acordará para dar resposta ás excepcións procesuais, caso de seren alegadas.*

4. *As partes farán uso da palabra tantas veces o xuíz ou tribunal o considere necesario.*

5. *Así mesmo, neste acto, as partes poderán alegar canto consideren conveniente para efectos do disposto na alínea b) do número 3 do artigo 191, ofrecendo, para o momento procesual oportuno, os elementos de xuízo necesarios para fundamentar as súas alegacións. Non será preciso presentar proba sobre esta concreta cuestión cando o feito de que o proceso afecta moitos traballadores ou beneficiarios sexa notorio pola súa propia natureza.*

6. *Se non se suscitaren cuestións procesuais ou se, suscitadas, se contestasen, as partes ou os seus defensores co tribunal fixarán os feitos sobre os cales exista conformidade ou desconformidade dos litigantes, e consignarase en caso necesario na acta ou, se for o caso, por dilixencia, sucinta referencia a aqueles aspectos esenciais conformes, para efectos de ulterior recurso. Igualmente, as partes poderán facilitar unhas notas breves de cálculo ou resumo de datos numéricos.*

7. *En caso de conformidade coa demanda total ou parcial, será aprobada polo órgano xurisdiccional, oídas as demais partes, se non incorrer en renuncia prohibida de dereitos, fraude de lei ou prexuízo de terceiros, ou for contrario ao interese público, mediante resolución que se poderá ditar en forma oral. Se a conformidade coa demanda for total, ditarase sentenza condenatoria de acordo coas pretensións do demandante. Cando a conformidade coa demanda sexa parcial, poderase ditar auto aprobatorio, que se poderá levar a efecto polos trámites da execución definitiva parcial, sempre que pola natureza das pretensións obxecto de conformidade sexa posible un pronunciamento separado que non prexulgue as restantes cues-*

*tións con que o demandado non se mostrou conforme, respecto das cales continuará o acto de xuízo.*

*8. O xuíz ou tribunal, unha vez practicada a proba e antes das conclusións, salvo que exista oposición dalgunha das partes, poderá suscitar a posibilidade de chegar a un acordo e, se non se atinxir este nese momento, proseguirá a celebración do xuízo».*

*Sete. O artigo 103 queda redactado como segue:*

*«Artigo 103. Presentación da demanda por despedimento.*

*1. O traballador poderá reclamar contra o despedimento, dentro dos vinte días hábiles seguintes a aquel en que se produciu. Este prazo será de caducidade para todos os efectos e non se computarán os sábados, domingos e os festivos na sede do órgano xurisdiccional.*

*2. Se se promover papeleta de conciliación ou solicitude de mediación ou demanda por despedimento contra unha persoa a que erroneamente se atribuíse a calidade de empresario, e se demostrar con posterioridade, sexa no xuízo ou noutro momento anterior do proceso, que o era un terceiro, o traballador poderá promover nova demanda contra este, ou ampliar a demanda se non se tiver celebrado o xuízo, sen que comece o cómputo do prazo de caducidade ata o momento en que conste quen é o empresario.*

*3. As normas do presente capítulo serán de aplicación á impugnación das decisións empresariais de extinción de contrato coas especialidades necesarias, sen prexuízo do previsto no artigo 120 e das consecuencias substantivas de cada tipo de extinción contractual».*

*Oito. O artigo 117 queda redactado como segue:*

*«Artigo 117. Requisito do esgotamento da vía administrativa previa á vía xudicial.*

*1. Para demandar o Estado polos salarios de tramitación, será requisito previo ter reclamado en vía administrativa na forma e prazos establecidos. Contra a denegación o empresario ou, se for o caso, o traballador, poderá promover a oportuna acción ante o xulgado que coñeceu na instancia do proceso de despedimento.*

*2. A demanda deberá acompañarse dunha copia da resolución administrativa denegatoria ou da instancia de solicitude de pagamento.*

3. O prazo de prescrición desta acción é o previsto no número 2 do artigo 59 do texto refundido da Lei do Estatuto dos traballadores e o cómputo iníciarase, en caso de reclamación efectuada polo empresario, desde o momento en que este sofre a diminución patrimonial ocasionada polo aboamento dos salarios de tramitación e, en caso de reclamación polo traballador, desde a data de notificación a este do auto xudicial que declare a insolvencia do empresario».

### COMENTARIO:

Non nos deteremos en demasía nesta disposición pois refírese a unha reforma dunha lei diferente á que nos ocupa. Algunhas consideracións son oportunas, en todo caso.

A cuestión que se debe destacar ao abeiro desta disposición derradeira terceira é a eliminación da reclamación previa da vía laboral e civil.

A exposición de motivos da LPACAP é explícita sobre a procedencia desa eliminación: “De acordo coa vontade de suprimir trámites que, lonxe de constituíren unha vantaxe para os administrados, supuñan unha carga que dificultaba o exercicio dos seus dereitos, a lei non inclúe xa as reclamacións previas en vía civil e laboral, debido á escasa utilidade práctica que demostraron ata a data e que, deste modo, quedan suprimidas”.

O artigo 69 da Lei 36/2011, do 10 de outubro, reguladora da xurisdición social, na redacción dada por esta disposición derradeira terceira, recolle que se manterá a esixencia xeral de esgotamento da vía administrativa previa para poder demandar o Estado, comunidades autónomas, entidades locais ou entidades de dereito público con personalidade xurídica propia vinculadas ou dependentes destes, cando así proceda de acordo co establecido na normativa de procedemento administrativo.

Esta reforma tamén dispón que se exceptúan do requisito do intento de conciliación ou, se for o caso, de mediación os procesos que esixan o esgotamento da vía administrativa, se for o caso, os que versen sobre seguridade social, os relativos á impugnación do despe-



dimento colectivo polos representantes dos traballadores, gozo de vacacións e a materia electoral, mobilidade xeográfica, modificación substancial das condicións de traballo, suspensión do contrato e redución de xornada por causas económicas, técnicas, organizativas ou de produción ou derivadas de forza maior, dereitos de conciliación da vida persoal, familiar e laboral a que se refire o artigo 139, os iniciados de oficio, os de impugnación de convenios colectivos, os de impugnación dos estatutos dos sindicatos ou da súa modificación, os de tutela dos dereitos fundamentais e liberdades públicas, os procesos de anulación de laudos arbitrais, os de impugnación de acordos de conciliacións, de mediacións e de transaccións, así como aqueles en que se exerzan accións laborais de protección contra a violencia de xénero.

Engádesse que igualmente quedan exceptuados:

- a) Aqueles procesos en que, sendo parte demandada o Estado ou outro ente público, tamén o sexan persoas privadas, sempre que a pretensión teña que se someter ao esgotamento da vía administrativa e nesta se poida decidir o asunto litixioso.
- b) Os supostos en que, en calquera momento do proceso, despois de ter dirixida a papeleta ou a demanda contra persoas determinadas, sexa necesario dirixila ou ampliala contra persoas distintas das inicialmente demandadas.

Agora ben, tras aquela explicitación da supresión desa reclamación previa a vía social, sorprenden a persistencia desta en materia de prestacións da Seguridade Social, pois é textualmente citada no novo artigo 72 da Lei 36/2011, do 10 de outubro, reguladora da xurisdición social, na redacción dada por esta disposición derradeira terceira. Ese artigo engade a imposibilidade de introducir variacións substanciais de tempo, cantidades ou conceptos respecto dos que fosen obxecto da reclamación administrativa.

O artigo 73 ratifica que nesta materia perdura a reclamación previa cando recolle: “A reclamación previa en materia de prestacións de Seguridade Social interromperá os prazos de prescrición e suspenderá os de caducidade; estes últimos reiniciaránse o día seguinte

ao da notificación da resolución ou do transcurso do prazo en que se deba entender desestimada”.

### **Disposición derradeira cuarta. Referencias normativas**

*As referencias feitas á Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común, entenderanse feitas á Lei do procedemento administrativo común das administracións públicas ou á Lei de réxime xurídico do sector público, segundo corresponda.*

#### **COMENTARIO:**

Esta disposición non merece especiais comentarios pola obviedade da regra que recolle.

Pon de manifesto que estas leis, a Lei 39/2015, do procedemento administrativo común das administracións públicas ou a Lei 40/2015, de réxime xurídico do sector público, son as herdeiras da Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común, de aí que as referencias a esta deben entenderse, agora, como unha chamada a esta LPACAP ou LRXSP, segundo a materia de que se trate.

### **Disposición derradeira quinta. Adaptación normativa**

*No prazo dun ano a partir da entrada en vigor da lei, deberanse adecuar a ela as normas reguladoras estatais, autonómicas e locais dos distintos procedementos normativos que sexan incompatibles co previsto nesta lei.*

#### **COMENTARIO:**

Como recolle esta disposición, as normas reguladoras estatais, autonómicas e locais dos distintos procedementos normativos que

sexan incompatibles co previsto nesta LPACAP deberán adecuarse a esta no prazo dun ano desde a súa entrada en vigor.

Dado que, segundo a disposición derradeira segunda, a Lei 39/2015 entra en vigor ao ano da súa publicación, isto é, o 2 de outubro de 2016, esa obriga de adaptación sería ata o 2 de outubro de 2017.

### **Disposición derradeira sexta. Desenvolvemento normativo da lei**

*Facúltase o Consello de Ministros e o ministro de Facenda e Administracións Públicas, no ámbito das súas competencias, para ditaren cantas disposicións regulamentarias sexan necesarias para o desenvolvemento da presente lei, así como para acordar as medidas necesarias para garantir a efectiva execución e implantación das previsións desta lei.*

#### **COMENTARIO:**

Esta disposición recolle unha referencia usual nas normas legais que, normalmente, necesitan do desenvolvemento regulamentario para completar a regulación da materia.

Por iso se indica que o Consello de Ministros e o ministro de Facenda e administracións públicas poden ditar as disposicións regulamentarias necesarias para o desenvolvemento da lei e acordar as medidas necesarias para garantir a efectiva execución e implantación das previsións da lei.

### **Disposición derradeira sétima. Entrada en vigor**

*Esta lei entrará en vigor ao ano da súa publicación no «Boletín Oficial del Estado».*

*Non obstante, as previsións relativas ao rexistro electrónico de apoderamentos, rexistro electrónico, rexistro de empregados públicos habilitados, punto de acceso xeral electrónico da Administración e arquivo único electrónico producirán efectos aos dous anos da entrada en vigor da lei.*

**COMENTARIO:**

Como sabemos, segundo o artigo 2 do Código civil “as leis entrarán en vigor aos vinte días da súa completa publicación no *Boletín Oficial do Estado*, se nelas non se dispón outra cousa”.

Aquí vemos como esta disposición derradeira sétima se acolle á posibilidade de dispoñer outra cousa diferente a eses vinte días. Concretamente, óptase por dúas regras:

- A regra xeral, de entrada en vigor ao ano da súa publicación no *Boletín Oficial do Estado*.
- E a regra especial de que as previsións relativas ao rexistro electrónico de apoderamentos, rexistro electrónico, rexistro de empregados públicos habilitados, punto de acceso xeral electrónico da Administración e arquivo único electrónico producirán efectos aos dous anos da entrada en vigor da lei.

Comezando coa regra xeral, ese ano de *vacatio legis* fai que sexa o 2 de outubro de 2016 cando entre en vigor esta LPACAP.

Evidentemente, ese prazo anual está dentro dos que podemos entender como amplos, en relación cos usualmente recollidos para a entrada en vigor.

Podería considerarse que tal xeneroso período anual deriva das innovacións recollidas nesta lei, malia ser certo que aquelas que implican unha mutación máis esixente, as referidas á Administración electrónica, están basicamente contidas na regra especial que agora pasamos a comentar.

Efectivamente, como acabamos de ver, as previsións relativas ao rexistro electrónico de apoderamentos, rexistro electrónico, rexistro de empregados públicos habilitados, punto de acceso xeral electrónico da Administración e arquivo único electrónico producirán efectos aos dous anos da entrada en vigor da lei.

Para o cómputo dese prazo de *vacatio legis* contido neste segundo parágrafo desta disposición derradeira sétima non podemos caer no equívoco, derivado dunha lectura rápida, de calcular dous anos desde a publicación da lei. É importante percibir que se marcan dous anos desde a “entrada en vigor da lei”, o que fai que sexan tres anos

desde a publicación da LPACAP, publicación acaecida o 2 de outubro de 2015.

En definitiva, as previsións recollidas nesta Lei 39/2015 relativas ao rexistro electrónico de apoderamentos, rexistro electrónico, rexistro de empregados públicos habilitados, punto de acceso xeral electrónico da Administración e arquivo único electrónico entrarán en vigor o 2 de outubro de 2018.

Non se nos escapa que diferir unha lei ata tres anos para a súa entrada en vigor, sexa nestas materias, causa de por si certa inseguridade xurídica.

Agora ben, desde esa dimensión da seguridade xurídica, o parágrafo segundo ten unha problemática cualificada se atendemos ao seguinte.

En primeiro lugar, é doado decatarse de que non se recolle sobre que concretos artigos se proxecta este atraso da entrada en vigor. Utilízanse verbas referentes, máis ou menos, a agrupacións temáticas, pero con indeterminación sobre que específicos se deben entender incluídos nesta regra, o cal dará lugar a inevitables interpretacións diverxentes.

En segundo lugar, tampouco está claro nin definido se esta entrada en vigor o 2 de outubro de 2016 afecta ou ben só ao literalmente recollido nese segundo parágrafo, o que podería ser unha interpretación estrita, ou se tamén a aquilo que necesita desas materias.

Por último, esa entrada en vigor “por partes”, a xeral do apartado primeiro e a especial, máis atrasada, do segundo, unido ao prazo tan amplo neste segundo suposto (tres anos), obrigou o lexislador a prever que norma debía rexer nas materias do parágrafo segundo ata ese 2 de outubro de 2018.

Isto foi abordado na disposición derogatoria única ao mencionar que: “Ata que, de acordo co establecido na disposición derradeira sétima, produzan efectos as previsións relativas ao rexistro electrónico de apoderamentos, rexistro electrónico, punto de acceso xeral electrónico da Administración e arquivo único electrónico, mante-

ranse en vigor os artigos das normas previstas nas alíneas a), b) e g) relativos ás materias mencionadas”.

Como dixemos no comentario a tal disposición derogatoria, á que nos remitimos, o que resulta é que desde o 2 de outubro de 2016, data da entrada en vigor xeral da LPCAP, ata o 2 de outubro de 2018, data na que entra en vigor a súa regulación sobre rexistro electrónico de apoderamentos, rexistro electrónico, punto de acceso xeral electrónico da Administración e arquivo único electrónico, seguirá en vigor parcialmente a regulación que sobre as “materias” de rexistro, apoderamentos e arquivo existe na:

- Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común.
- Lei 11/2007, do 22 de xuño, de acceso electrónico dos cidadáns aos servizos públicos.
- Nos artigos 2.3, 10, 13, 14, 15, 16, 26, 27, 28, 29.1.a), 29.1.d), 31, 32, 33, 35, 36, 39, 48, 50, os números 1, 2 e 4 da disposición adicional primeira, a disposición adicional terceira, a disposición transitoria primeira, a disposición transitoria segunda, a disposición transitoria terceira e a disposición transitoria cuarta do Real decreto 1671/2009, do 6 de novembro, polo que se desenvolve parcialmente a Lei 11/2007, do 22 de xuño, de acceso electrónico dos cidadáns aos servizos públicos.

## ABREVIATURAS

### Abreviaturas de resolucións xudiciais

- ATC: Auto do Tribunal Constitucional
- ATS: Auto do Tribunal Supremo
- STS (SSTS): Sentenzas(s) do Tribunal Supremo
- STSX de Galicia (SSTSX de Galicia): Sentenzas(s) do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia
- STSX de (SSTSX de): Sentenzas(s) do Tribunal Superior de Xustiza de
- STC (SSTC): Sentenzas(s) do Tribunal Constitucional
- STEDH: Sentenzas do Tribunal Europeo de Dereitos Humanos
- STXCE: Sentenzas do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas
- STPICE: Sentenzas do Tribunal de Primeira Instancia das Comunidades Europeas

### Abreviaturas de normas

- LPACAP: Lei 39/2015 de procedemento administrativo común das administracións públicas
- LRX-PAC: Lei 30/1992 de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común
- LRXSP: Lei 40/2015 de réxime xurídico do sector público
- CC: Código civil
- CE: Constitución española
- EAG: Estatuto de autonomía de Galicia
- LAECSP: Lei 11/2007, do 22 de xuño, de acceso electrónico dos cidadáns aos servizos públicos

LAXE: Lei 28/2006, do 18 de xullo, de axencias estatais para a mellora dos servizos públicos

LBRL: Lei 7/1985 reguladora de bases de réxime local

LAC: Lei 1/2000 de axuízamento civil

LXCA: Lei 29/1998 reguladora da xurisdición contencioso-administrativa

LOFAXE: Lei 6/1997, do 14 de abril, de organización e funcionamento da Administración xeral do Estado

Lofaxga: Lei 16/2010, do 17 de decembro, de organización e funcionamento da Administración xeral e do sector público autonómico de Galicia

LRSP: Lei estatal 15/2014, do 16 de setembro, de racionalización do sector público e outras medidas

LRSPAGA: Lei galega 14/2013, do 26 de decembro, de racionalización do sector público autonómico





ESCOLA GALEGA  
DE ADMINISTRACIÓN  
PÚBLICA



Agencia para a  
Modernización Tecnolóxica



ASOCIACIÓN PROFESIONAL  
DE LETRADOS DA  
XUNTA DE GALICIA



ISBN: 978-84-453-5242-7



9 788445 352427

PVP: 24 €



XUNTA  
DE GALICIA